



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 34-2017-00121-01

Bogotá D.C., veintiuno (21) de agosto de dos mil veinte (2020)

**DEMANDANTE: CARLOS AUGUSTO MENESES OBREGÓN
DEMANDADO: AFP PROTECCIÓN SA
ASUNTO : APELACIÓN (Demandada)**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 34° Laboral del Circuito de Bogotá el día 27 de junio de 2019, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

La parte demandada (Protección SA) presentó alegaciones por escrito (fls. 140 a 143), según lo ordenado en auto del 7 de julio de 2020, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El señor CARLOS AUGUSTO MENESES OBREGÓN instauró demanda ordinaria laboral contra la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS SA - PROTECCIÓN, debidamente sustentada como aparece a folio 32 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

- 1) Ordenar a la demandada, la devolución de los aportes a pensión obligatoria realizados por el actor, correspondiente a los siguientes periodos: abril a diciembre de 1995, enero a diciembre de 1996, enero a junio de 1997, octubre y noviembre de 1998, febrero a agosto de 1999, febrero a mayo de 2000, debidamente indexados a la fecha de devolución.
- 2) Ordenar el pago de los intereses y/o rendimientos financieros, a que hace relación la pretensión primera de esta demanda.
- 3) Costas procesales.

La accionada contestó la demanda (fls. 64 a 86) de acuerdo al auto visible a folio 87 y 82. Se opuso a las pretensiones del demandante y propuso excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 34° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 27 de junio de 2019, **CONDENÓ** a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A, a devolver al demandante Carlos Augusto Meneses Obregón, el valor de los aportes que reposan en la cuenta de ahorro individual de la que es titular junto con los rendimientos e intereses a correspondientes. **DECLARÓ NO PROBADAS** las excepciones formuladas por la demandada Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. COSTAS a cargo de PROTECCIÓN SA, incluyendo la suma equivalente 1 SMLMV para el año 2019 como equivalente como agencias en derecho.

ACLARACIÓN DE SENTENCIA:

De conformidad con la solicitud elevada por la parte demandada, el Juez de instancia aclaró la sentencia condenatoria proferida en primera instancia, en el sentido de ordenar que la devolución de saldos incluiría los rendimientos financieros debidamente indexados.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandada** presentó recurso de apelación respecto del siguiente punto de la decisión de la sentencia proferida en primera instancia:

1. **DEVOLUCIÓN DE APORTES:** Señala que al condenar a Protección SA a devolver el valor de los aportes, teniendo en cuenta los intereses y éstos siendo indexados, conforme aclaración de sentencia, señalando que de conformidad con el concepto de la Superintendencia No. 206125 en la cual, la Súper hizo un análisis diferenciando los momentos en los cuales fue reconocida la pensión, en el régimen de prima media, en este caso por parte de Caprecom, que al haber sido reconocida con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, no resultaría compatible con la devolución de saldos que pretende el demandante, pues ambos estarían cubriendo el mismo riesgo de vejez a favor del demandante, la cual ya se vio solventada por el reconocimiento de la prestación de vejez por parte de Caprecom, por lo que ante un eventual caso de devolución de saldos, deberá hacerse a favor de la UGPP quien está administrando su pensión de vejez.
2. **RENDIMIENTOS FINANCIEROS INDEXADOS:** Señala que a pesar de que en el régimen de ahorro individual se generan unos rendimientos, los mismos no pueden ser indexados, puesto que dichos rendimientos fueron superiores a lo que se determinó en su momento como indexación, y es por ello, que no es posible indexar los rendimientos financieros, debido a que ya hay un incremento en el valor de dichas cotizaciones.

Con miras a la definición del recurso de apelación, la Corporación solo tendrá en cuenta y se ocupará de los aspectos de la sentencia que para el recurrente le mereció reproche, de conformidad con el principio de *consonancia* establecido en el artículo 66A del CPL y de la S.S., y las siguientes

CONSIDERACIONES

DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

La controversia del presente proceso se centra en determinar: **1.** Si resulta compatible el reconocimiento de la devolución de saldos solicitada por el aquí demandante, con el reconocimiento de la pensión de vejez por parte de Caprecom. **2.** En el caso de confirmar la sentencia proferida en primera instancia, si es procedente indexar el valor por concepto de devolución de saldos.

COMPATIBILIDAD DEVOLUCIÓN DE SALDOS Y RECONOCIMIENTO PENSIÓN DE VEJEZ POR PARTE DE CAPRECOM:

Sea lo primero indicar que, en el régimen de ahorro individual con solidaridad, el artículo 66 de la Ley 100 de 1993, consagró la devolución de saldos, como derecho económico de los afiliados o beneficiarios cuando no se acreditan las condiciones legalmente previstas para la causación de la prestación por vejez invalidez o muerte, concretamente, las semanas mínimas de aportes exigidas, por eso se les entrega la totalidad del saldo abonado en la cuenta individual de ahorro pensional, incluidos los rendimientos financieros más el valor del bono pensional si lo hubiese.

Ahora bien, no es motivo de discusión que mediante resolución No. 01908 del 11 de agosto de 2011, la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES – CAPRECOM le reconoció pensión por aportes al señor CARLOS AUGUSTO MENESES OBREGÓN, con fundamento en la Ley 33 de 1986, a partir del 10 de septiembre de 2006, fecha en que cumplió 55 años de edad, en cuantía inicial de \$745.884 (fl. 11 a 17), lo anterior con fundamento en el tiempo de servicio a Ministerio de Defensa del 13 de mayo de 1973 al 30 de abril de 1975, y a CAPRECOM del 01 de marzo de 1977 al 30 de marzo de 1995, del 14 de noviembre de 1990 al 14 de noviembre de 1990 y del 23 de abril de 1992 al 27 de abril de 1992.

Por otro lado, ha de resaltar que el demandante solicita la devolución de saldos del tiempo cotizados al régimen de ahorro individual administrador por Protección SA del mes de abril de 1995 al mes de mayo de 2000, conforme se certifica a folio 80 del plenario, esto es, periodos cotizados con posterioridad a los periodos tenidos en cuenta para el reconocimiento de la prestación por parte de Caprecom.

No obstante lo anterior, señala el recurrente que, no es posible ordenar la devolución de saldos solicitada por el demandante, en atención que la misma resulta incompatible con el reconocimiento de la pensión de vejez, en el régimen de prima media administrado en su momento por Caprecom.

Respecto del derecho pretendido, el artículo 66 de la ley 100 de 1993, dispone que quienes a las edades previstas en el artículo 65 de la misma norma no hayan cotizado el número mínimo de semanas exigidas, y no hayan acumulado el capital necesario para financiar una pensión por lo menos igual al salario mínimo, tendrán derecho a la devolución del capital acumulado en su cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos financieros y el valor del bono pensional, si a éste hubiere lugar, o a continuar cotizando hasta alcanzar el derecho.

Ahora, el artículo 2° del Decreto 2527 del año 2000, dispone que de conformidad con el artículo 17 de la Ley 549 de 1999, todos los tiempos laborados o cotizados en el sector público y los cotizados al ISS serán utilizados para financiar la pensión. Sin embargo, en el evento en que algún tiempo no se tome en cuenta para el reconocimiento de la pensión, y por tal razón no se incluya en el cálculo del bono pensional o no proceda la expedición de bono o cuota parte, la Caja, Fondo o entidad pública que deba hacer el reconocimiento de la pensión, según el artículo anterior, **solicitará a las administradoras o entidades los tiempos cotizados o servidos que no se tienen en cuenta para el reconocimiento de la pensión**, el traslado del valor de las cotizaciones para la pensión de vejez y de la información que posea(n) sobre el trabajador, incluyendo su historial laboral.

Conviene precisar en este punto que tanto la demandada, como CAPRECOM hoy UGPP, hacen parte del sistema general de pensiones, regulado por la Ley 100 de 1993, y por lo mismo ambas prestaciones, es decir, la pensión de jubilación establecida en la Ley 33 de 1985, reconocida en virtud del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y la devolución de saldos contenida en el artículo 66 de la misma normatividad, resultan incompatibles entre sí, pues las regula la misma Ley 100 de 1993, tal y como lo afirma el recurrente, razón por la cual, si bien es cierto y no se discute que el demandante contaba con el tiempo de servicios necesarios para acceder a la pensión que efectivamente le reconoció CAPRECOM, ello no obsta para que los aportes que realizó a lo largo de su vida laboral sirvan para financiar dicha prestación, y las demás pensiones de los afiliados al fondo común administrado por la UGPP, la que le otorgó la pensión desde el año 2006.

Así las cosas, por disposición legal, CAPRECOM hoy UGPP debe solicitar a la AFP PROTECCIÓN SA el **traslado** del valor contenido en la cuenta de ahorro individual del demandante, a efectos de financiar la pensión reconocida al actor, pues no es de recibo que el actor pretenda el reconocimiento de dos prestaciones excluyentes entre sí, esto es, dos prestaciones gobernadas por la Ley 100 de 1993, pues el artículo 66 de la ley 100 en comento, relacionado con la devolución de saldos debe ser interpretado en este caso en particular con lo dispuesto en el Decreto 2527 del año 2000.

Basta las anteriores consideraciones para **REVOCAR** el fallo apelado para en su lugar **ABSOLVER** a la demanda de las pretensiones elevadas en su contra.

COSTAS:

Sin costas en esta instancia. Las de primera a cargo de la parte demandante.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida en primera instancia, para en su lugar **ABSOLVER** a Protección SA de todas y cada una de las pretensiones elevadas en su contra por parte del señor Carlos Augusto Meneses Obregón.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia. Las de primera a cargo de la parte demandante.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Ponente

(Rad. 11001310503420170012101)



LORENZO TORRES RUSSY

(Rad. 11001310503420170012101)



RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

(Rad. 11001310503420170012101)



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL**

**MARCELIANO CHAVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 38-2018-00029-01

Bogotá D.C., veintiuno (21) de agosto de dos mil veinte (2020)

DEMANDANTE: **DARIO ALONSO URREGO MOSCOSO**
DEMANDADO: **COMPAÑÍA DE INVERSIONES TEXTILES DE MODA –
TEXMODA SAS**
ASUNTO : **APELACION (DEMANDANTE)**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 38° Laboral del Circuito de Bogotá el día 11 de septiembre de 2019, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

El apoderado de la parte demandante (folios 262 a 264), así como de TEXMODA SAS (fl. 267 a 268), presentó alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 7 de julio de 2020, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

La señora **DARIO ALONSO URREGO MOSCOSO** instauró demanda ordinaria laboral contra de la **COMPAÑÍA DE INVERSIONES TEXTILES DE MODA – TEXMODA SAS** con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos (fl. 3):

- 1) Declarar que entre las partes existió un contrato de trabajo.
- 2) Declarar que la relación laboral inició el día 5 de abril de 2010 al 20 de enero de 2015.
- 3) Que el contrato fue terminado por la parte demandada sin que existiera justa causa.
- 4) Condenar a la parte demandada al pago de la indemnización por despido sin justa causa.
- 5) Costas procesales.

Subsidiarias:

- 1) De no prosperar la indemnización por despido sin justa causa anotada como principal, solicita declarar la ineficacia del despido por vulneración al debido proceso.

TEXMODA SAS contestó la demanda, visible a fls. 121 a 128, de acuerdo al auto a folio 227. Se opuso a las pretensiones del demandante y propuso excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 38° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 11 de septiembre de 2019. **ABSOLVIÓ** a la empresa compañía de inversiones **TEXMODA SAS** de todas las pretensiones de la demanda formuladas por el demandante Dario Alfonso Urrego Moscoso. Dado el resultado del proceso, se relevó del estudio de las propuestas. **COSTAS** a cargo de la parte demandante.

RECURSO DE APELACION

La **parte demandante** presentó recurso de apelación en los siguientes puntos de decisión:

1. **INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO SIN JUSTA CAUSA:** Solicita se revoque la decisión de primera instancia, teniendo en cuenta que desde el momento en que se presentó la queja por parte de la usuaria y el momento en que se profirió la carta de despido al demandante no transcurrió un tiempo razonable para que el empleador tomara la decisión de dar por terminado el contrato de trabajo, vulnerándose de esta manera el principio de inmediatez de la sanción laboral, aunado al hecho que se le vulneró el derecho a la defensa establecido en el artículo 29 de la Constitución Política, toda vez que en la citación a la diligencia de descargos no se le indicó que podía acudir con la presencia de un abogado.

Con miras a la definición del recurso de apelación, la Corporación solo tendrá en cuenta y se ocupará de los aspectos de la sentencia que para el recurrente le mereció reproche, de conformidad con el principio de *consonancia* establecido en el artículo 66A del CPL y de la S.S., y las siguientes

CONSIDERACIONES

DE ORDEN FACTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: 1. Sí el contrato de trabajo suscrito entre la partes fue terminado de forma unilateral y sin justa causa, y sí como consecuencia de ello, le asiste derecho a la actora derecho al pago de la indemnización por despido sin justa causa establecido en el Art. 64 CST.

EXISTENCIA DE LA RELACIÓN LABORAL Y EXTREMOS DEL CONTRATO:

No es objeto de controversia la existencia de la relación laboral que ató a las partes y sus extremos, encontrándose plenamente establecido que la demandante laboró al servicio de la empresa demandada, en ejecución de un contrato de trabajo a término indefinido, a partir del **5 de abril de 2010** hasta el **20 de enero de 2015**, desempeñando como último cargo el de "Encargado de Caballero", devengando un salario variable, producto de la sumatoria de un salario fijo mensual en la suma de \$2.803.500 y unas comisiones promedio a mesa vencido de \$784.309 de conformidad a la certificación laboral vista a folios 62 y 67 del plenario, contrato de trabajo 68 a 77, cláusulas adicionales y complementarias al contrato individual de trabajo (fls. 78 a 95).

TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO:

Ahora bien, vale la pena precisar que el trabajador es quien corre con la carga de demostrar el hecho del despido, una vez acreditado lo anterior, se desplaza la carga al empleador quien debe dirigir su actividad probatoria, tendiente a demostrar los motivos que en el momento oportuno le invocó y comunicó al actor para romper el contrato, a fin de que el fallador de turno, previa valoración pueda ubicarlos o no en una de las causales abstractas y taxativas que señala la ley para tener como justo el despido.

En ese orden, a folios 198 a 201 del expediente obra carta de terminación del contrato de trabajo que data del 20 de enero de 2015 suscrita por la Sra. Camila Villa Vivas, Directora de Gestión Humana, en la que le atribuye al demandante haber cometido varias faltas graves en el desarrollo de sus funciones, quedando acreditado de esta manera el despido del actor.

Ahora bien, corresponde a la parte demandada acreditar que efectivamente se dieron las conductas imputadas en la comunicación del contrato de trabajo, y que las mismas comportan en términos de ley, una justa causa que, ameritaba la terminación del vínculo contractual Laboral.

Así las cosas, al analizar los hechos consignados en la carta de terminación de la relación laboral, indica que el día 24 de diciembre de 2014 y 2 de enero de 2015, el actor no se presentó a su turno de trabajo, sin avisar que iba a faltar y sin justificar en debida forma su inasistencia, sin pedir permiso para hacerlo y sin estar autorizado. Así mismo, le indicaron que a pesar de que el actor intentó justificar sus ausencias, bajo el argumento que estuvo realizando labores de aprendizaje en la plazoleta de comidas del centro comercial, lo cierto es que no se encontraba autorizado por ningún representante de la Compañía para realizar tal actividad por fuera de la tienda, pues no se le dio la orden de realizar esa actividad fuera de la tienda, máxime cuando durante todo el día usted ni siquiera hizo presencia en la misma. Adicionalmente, los días 30 y 31 de diciembre decidió ingresar a a tienda y permanecer en ella tan solo aproximadamente 2 horas, retirándose de la misma sin pedir permiso para hacerlo y sin estar autorizado con anterioridad. De la conducta reiterativa, demostró que incumplió una de las principales obligaciones de su cargo, que es la prestación personal del servicio, incumpliendo las instrucciones dadas y

ausentándose sin permiso y sin avisar con anticipación, sin importar las condiciones que podían generar la conducta.

Indicó además, que el actor fue citado a descargos el 14 de enero de 2015 para oír su versión de lo que se dejó constancia en el acta que para el efecto se levantó en la misma fecha y de la cual se le entregó copia, reconoció el demandante la falta por él incumplida, pues mencionó que no se había presentado en la tienda porque estaba realizando labores de aprendizaje en la plazoleta de comidas, sin que nadie pueda certificar su presencia en los lugares mencionados, que se le olvidó la marcación del biométrico, siendo consciente del incumplimiento de la obligación de marcación de la huella, y que no tiene ningún soporte que justifique su inasistencia.

En ese orden, la sociedad demandada le manifestó al actor que, teniendo en cuenta los hechos narrados con anterioridad, el ex trabajador incumplió de forma reiterada las obligaciones y prohibiciones relativas a su cargo de contratación, afectando en el actuar, la normalidad en la prestación de obligaciones legales y contractuales e incumpliendo de forma reiterada la principal obligación del contrato de trabajo, que consiste en prestar personalmente el servicio en las circunstancias de tiempo, modo y lugar indicadas por la empleadora y en todo caso, los argumentos presentados por el demandante, no fueron válidas para justificar su inasistencia, por lo que de conformidad con el artículo 48 del Reglamento Interno de Trabajo, constituye una falta grave la ausencia del trabajador durante los días mencionados, sin excusa suficiente, por segunda vez, y por ende constituyéndose una justa causa para la terminación del contrato individual del trabajo.

Teniendo en cuenta lo anterior, y del contrato de trabajo, así como de las cláusulas adicionales y complementarias al contrato individual de trabajo, se tiene en relación a las funciones desempeñadas por el demandante que, son los consignados en el contrato de trabajo y cláusulas adicionales, pues a pesar de que se indicó que el actor fue enviado a México a una capacitación para variar sus funciones, no obra ningún elemento de prueba que acredite la modificación de las mismas, lo cierto es que dentro de las funciones que estaban a cargo del demandante, no se desprende alguna que se relacione con la capacitación a tercero y más aún afuera de las instalaciones de la compañía.

El Artículo 62 establece que son justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo:

6) Cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador, de acuerdo los artículos 58 y 60 del CST, o cualquier falta grave, calificada como tal en pactos y convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos.

A su turno, el literal 1a) del Artículo 58 del CST dispone las obligaciones especiales del trabajador:

1a) Realizar personalmente la labor, en los términos estipulados; observar los preceptos del reglamento y acatar y cumplir las órdenes e instrucciones que de modo particular le impartan el empleador o sus representantes, según el orden jerárquico establecido.

Sea del caso mencionar que el parágrafo del art. 62 del CST establece que la parte que termina unilateralmente el contrato de trabajo debe manifestar a la otra, en el momento de la extinción, la causal o motivo de esa determinación. Posteriormente no pueden alegarse válidamente causales o motivos distintos.

La jurisprudencia de la sala laboral de la H. Corte Suprema de justicia ha sostenido que frente a la gravedad de las causas establecidas en el Art. 62 del CST es calificada o determinada por las partes en el contrato de trabajo, o en el reglamento de trabajo, entre otros, conforme sucedió en el presente asunto.

Al respecto, es necesario traer a colación lo sostenido por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia el 28 de agosto de 2012, dentro de la providencia con radicación No 38855 del 28 de agosto de 2012, en la que adoctrinó:

*“Por lo anterior se concluye que la diferencia entre violación de las obligaciones del trabajador y la falta cometida por el mismo, no es lo que determina la diferencia entre las dos partes del numeral indicado. La violación de las obligaciones y prohibiciones a que se refieren los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, constituye por sí misma una falta, pero esa violación ha de ser grave para que resulte justa causa de terminación del contrato. Por otra parte, cualquier falta que se establezca en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, **contratos individuales** o reglamentos, implica una violación de lo dispuesto en tales actos, que si se califica en ellos de grave, constituye justa causa para dar por terminado el contrato”.*

En el primer concepto la gravedad debe ser calificada por el que aplique la norma, en el segundo la calificación de grave ha de constar en los actos que consagran la falta...”

Lo anterior, para señalar que ante la mención de las faltas graves contempladas en el contrato de trabajo y el reglamento interno de trabajo, lo esencial en la demostración de su ocurrencia es la existencia misma y su aportación al proceso, de los documentos contentivos del supuesto de hecho denominado como falta y su calificación de grave, conforme se puede extraer del capítulo XIII, artículos 46 a 48 del reglamento interno de trabajo visible a folios 155 a 182.

Establecido que fue la demandada quien terminó en forma unilateral el vínculo laboral con la demandante y cuál fue la razón que esgrimió para ese fin, conforme la carta de terminación visible a folios 198 a 291 del plenario, corresponde el establecer si ésta existió y constituye una causa justa imputable a la actora.

Al respecto, ha de señalarse que el despido con justa causa, es una facultad que el legislador da a las partes para terminar el contrato de trabajo por las prerrogativas previamente establecidas en el compendio normativo; precisando que cuando la decisión se toma por parte del empleador conlleva la obligación de hacer conocer los hechos que se aducen como justa causa, y permitir al trabajador defenderse.

Así pues, en virtud de lo dispuesto en los artículos 51 del y 61 del CPT y la SS, en materia laboral no existe tarifa legal, siendo admisibles todos los medios de prueba

consagrados en la ley, con los cuales el juez puede formar libremente su convencimiento atendiendo a los principios informadores de la sana crítica.

Frente a las pruebas allegadas al plenario, reposa acta de diligencia de descargos del día 14 de enero de 2015 el actor fue citado a diligencia de descargos, en el que admitió que faltó los días 24, 30 y 31 de diciembre de 2014 y 2 de enero de 2015, sin que tenga algún soporte que justifique su ausencia, tan solo argumentó que debía realizar labores de aprendizaje para prepararse e implementar las nuevas RFID en las tiendas, sin que ningún testigo certifique que estuvo los días mencionados en la plazoleta de comidas, precisando que olvidó hacer la marcación biométrica en la tienda, porque en muchas ocasiones lo olvidaba (fls. 194 a 197).

Así pues, la justa causa invocada por la demandada debe analizarse a la luz de las previsiones del artículo 62 del C.S.T para determinar si efectivamente comporta una justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo. En ese sentido, al revisar el numeral sexto del art 62 del código sustantivo de trabajo, se establece en el que son justas causas para dar por terminado el contrato de trabajo, entre otras, cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del CST, o cualquier falta calificada como tal en pactos convenciones, o fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos.

En relación con este aspecto, conviene precisar que dentro de las obligaciones especiales del trabajador particular, el art. 58 consagra la primera, que es la de realizar personalmente la labor en los términos estipulados, observar los preceptos del reglamento y acatar las órdenes instrucciones que de modo particular le impongan su empleador o representante según el orden jerárquico establecido, siendo pertinente señalar que dentro de este contexto el hecho de no concurrir a laborar durante dos días o dos jornadas laborales continuas y posteriormente en el siguiente mes que suceda lo mismo, considera esta Sala que comporta un incumplimiento grave de las obligaciones legales que incumben al trabajador, pues es apenas natural que para efectos de que el trabajador obtenga su retribución, preste el servicio prometido.

En los anteriores términos, de conformidad con el artículo 60 del CST, establece dentro de las prohibiciones del trabajador, se establece faltar al trabajo sin justa causa o impedimento o sin permiso del empleador, resaltando que el mismo demandante admitió que faltó los días mencionados a la tienda, por argumentos que no pudieron ser comprobados por el actor, ni autorizados por el empleador, precisando en ese mismo sentido que ni siquiera pudo acreditar que asistió a la plazoleta de comidas a desarrollar las actividades de autoaprendizaje como lo afirma, menos aún quedó acreditado que algún superior le haya tramitado autorización alguna para relevarlo en el desarrollo de sus funciones al interior del establecimiento para dedicarse a una actividad diferente a la cual fue contratado, y en ese sentido, evidentemente, se concluye que su comportamiento configura una violación grave a las obligaciones especiales que le incumben al trabajador, configurándose a su vez una justa causa que generaba como consecuencia dar por terminado el contrato de trabajo por parte del empleador.

Por otro lado, en relación al argumento expuesto por el recurrente, relativo a la vulneración al principio de inmediatez, entre el hecho y el despido, ha de traer a colación la sentencia proferida por nuestro máximo Tribunal SL2342 radicación 62078 del 27 de junio de 2019 que adoctrinó:

*Tiene dicho la Corte, que la terminación del contrato de trabajo por justa causa por parte del empleador, además de explícita y concreta, debe ser tempestiva, toda vez que si bien el legislador no ha establecido límites temporales máximos para invocar tal determinación, después de cometida una falta que dé lugar a su adopción, ello no significa que no deba mediar un término razonable entre lo uno y lo otro; pues de lo contrario, se impone entender que condonó o dispensó la presunta falta. **También ha precisado la Sala que el despido no deja de ser oportuno cuando el empleador se toma el tiempo necesario para efectos de constatar la responsabilidad del trabajador en los hechos ocurridos** (Sentencias de la CSJ SL, 17 may. 2011, rad. 36014 y SL, 28 ag. 2012, rad. 38855).*

Y es que la razón por la cual se ha exigido el cumplimiento de la inmediatez está originada en que el tiempo transcurrido en demasía entre la ocurrencia de los hechos y la decisión de finiquitar el vínculo laboral, rompe el nexo causal que debe existir entre el motivo alegado por el empleador y la terminación unilateral del nexo, de allí que entre el momento de la falta y el de la decisión de finiquitar el vínculo laboral, debe transcurrir un tiempo razonable, que principia desde el instante en que el empleador conoce los hechos que determinan esa drástica medida, pues de no ser así muy a pesar de la gravedad de la falta imputada al trabajador, el despido deviene en ilegal. Al respecto, en sentencia CSJ SL3239-2015.

En el caso bajo examen, las pruebas allegadas al plenario, dan cuenta que los hechos fueron cometidos por el demandante los días 24, 30 y 31 de diciembre de 2014 y 2 de enero de 2015, fue citado a diligencia de descargos mediante comunicación del 13 de enero de 2015 (fls. 193) y la misma tuvo lugar el día 14 de enero de 2015 (fls. 194 a 197), y se presentó carta al demandante para darle por terminado el contrato de trabajo el 20 de enero de 2015 (fls. 198 a 201), lo cual constituye un plazo razonable para finalizar el vínculo contractual, dados los hechos y las actuaciones adelantadas por la demandada.

Finalmente, la Sala despacha desfavorablemente el recurso de apelación presentado, en primer lugar por cuanto en la diligencia de descargos, a pesar de que no asistió con un abogado, lo cierto es que el demandante tuvo la oportunidad de defenderse y explicar las circunstancias por las cuales le estaban pidiendo explicación, propendiendo por el debido proceso y el derecho a la defensa a favor del actor.

En ese sentido, no le asiste derecho a la parte demandante a que le sea reconocida la indemnización por despido sin justa causa en los términos del art. 64 del CST, por lo que se **CONFIRMARÁ** en su integridad la sentencia proferida en primera instancia.

COSTAS.

Sin costas en esta instancia.

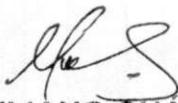
En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISION LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 11 de septiembre de 2019 por el Juzgado 38º Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: Sin **costas** en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

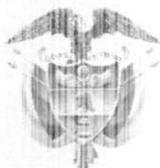
(Rad. 11001310503820180002901)



LORENZO TORRES RUSSY
(Rad. 11001310503820180002901)



RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA
(Rad. 11001310503820180002901)



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 38-2018-00329-01

Bogotá D.C., veintiuno (21) de agosto de dos mil veinte (2020)

DEMANDANTE: CLARA PAULINA TRIANA SOLANO
DEMANDADO: COLPENSIONES
AFP PORVENIR SA
ASUNTO : APELACION DEMANDANTE

SENTENCIA, PRESENTADO POR EL SUSCRITO PONENTE A LA SALA SEGUNDA DE DECISION LABORAL.

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 38° Laboral del Circuito de Bogotá el día 24 de enero de 2020, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

Los apoderados de la parte demandante (folios 164 a 167), así como de Colpensiones (folio 204 a 205) y Porvenir Sa (fl. 169 a 173 – 194 a 201) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 7 de julio de 2020, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El(la) señor(a) **CLARA PAULINA TRIANA SOLANO** instauró demanda ordinaria laboral contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y AFP PORVENIR SA, debidamente sustentada como aparece a folios 4 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

Declarativas:

- Que la demandante fue inducida a error grave por parte de la AFP PORVENIR SA, al haber omitido información completa, veraz e imparcial

sobre los beneficios, inconvenientes, consecuencias y efectos relacionados con la decisión de su traslado al régimen de ahorro individual.

- Que se declare ineficaz la afiliación de la demandante a la AFP PORVENIR SA.
- Que se declare vigente la afiliación de la demandante al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES, sin solución de continuidad.

Condenas:

- A la AFP PORVENIR SA a comunicar a COLPENSIONES la ineficacia de la afiliación a ese fondo de la demandante.
- A la AFP PORVENIR SA a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los aportes cancelados desde noviembre de 1996, por la indebida afiliación de la demandante.
- A la AFP PORVENIR SA a incluir dentro del valor de los aportes el 100% de los aportes efectivamente cancelados por la indebida afiliación, con los rendimientos que por ellos se han generado.
- A AFP PORVENIR SA a trasladar a COLPENSIONES la historia laboral de la demandante, por el tiempo que ha venido cotizando al mismo.
- Costas procesales.

Contestaron la demanda: COLPENSIONES (fls. 56 a 82) y PORVENIR SA (fls. 101 a 132), de acuerdo al auto visible a folio 134. Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 38° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 24 de enero de 2020, **Absolvió** a la AFP Porvenir SA y a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones de todas y cada una de las pretensiones formuladas por la demandante CLARA PAULINA TRIANA SOLANO. Dadas las resultados del juicio, el Despacho se relevó del estudio de las propuestas. **Costas** a cargo de la parte demandante, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$500.000.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandante** apeló el fallo de primera instancia, solicitando se revoque el mismo, teniendo en cuenta que el traslado de régimen pensional no puede mirarse como un simple contrato de adición, pues la Ley establece unas obligaciones específicas para las AFP para la asesoría en la información que le deben brindar las personas al momento de la afiliación, pues no es cierto, que solo en la actualidad existe la obligación de los administradores de pensiones, pues el Decreto 720 de 1994 ya establecía las obligaciones que deben cumplir, tanto los afiliados, como los administradores de pensiones, y les establece la carga de brindar una asesoría completa y detallada sobre las ventajas y desventajas de estar o no afiliado a determinado régimen. Así pues, quedó acreditado que el asesor se dirigió a cada puesto de trabajo, a cada compañero de trabajo para pedirle una información y recepcionar la firma del formulario, sin darles mayor información, aprovechándose de la situación que en su momento estaba atravesando el ISS, quedando acreditado que no se le brindó la suficiente información de cómo se conformaría la cuenta de

ahorro individual de la demandante, operando la carga dinámica de la prueba, quedando a cargo de Porvenir acreditar que brindó la información, que en realidad no logró probar en el plenario.

Con miras a la definición del recurso de apelación, la Corporación solo tendrá en cuenta y se ocupará de los aspectos de la sentencia que para el recurrente le mereció reproche, de conformidad con el principio de *consonancia* establecido en el artículo 66A del CPL y de la S.S., y las siguientes

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURIDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PORVENIR SA efectuado por el (la) señor (a) **CLARA PAULINA TRIANA SOLANO** el día 08 de octubre de 1996 con efectividad a partir del 1º de diciembre de 1996; **2.-** En caso afirmativo, si tiene derecho a que el AFP Porvenir SA devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecuentemente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que él (la) demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, solicitó trasladarse a la AFP PORVENIR SA, el 08 de octubre de 1996, con efectividad a partir del 1 de diciembre de 1996 (fls. 112).

Ahora, para resolver el presente asunto, es necesario dejar plasmadas las siguientes precisiones a saber:

1-La línea jurisprudencial vigente de nuestro Tribunal de Cierre, esto es la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función constitucional de unificar la jurisprudencia nacional, ha fijado una serie de pautas, a las cuales debemos acogernos los jueces de inferior jerarquía, como somos los operadores judiciales de tribunales y juzgados, a no ser que podamos apartarnos del precedente con razones válidas, tanto en lo jurídico como en lo jurisprudencial, que sustenten nuestro rechazo al precedente.

Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 del 9 de septiembre de 2008, complementada en sentencia con Radicación 33314 de la misma data, estableciendo doctrinariamente la posibilidad de anular o declarar ineficaz la afiliación o traslado al RAIS, cuando no se demostraba, la suficiente información al afiliado lego, o el consentimiento informado, exigiendo la carga de la prueba a los fondos, de manera que los asesores debían informar clara y verazmente las ventajas y desventajas a los posibles afiliados, y que tuvieran incidencia en un derecho fundamental como el de las pensiones. Esta línea se continuo con la sentencia Radicado 33093 de noviembre 22 de 2011 donde se complementó en el sentido de la obligación que tienen los fondos de pensiones de cumplir con lo normado en el decreto 656 de 1994 artículos 14 y 15, sin perjuicio de la obligación de brindar información suficiente, amplia y oportuna a sus afiliados como lo ordena el artículo 10º del decreto 720 de abril 6 de 1994. Posteriormente mediante sentencia Radicado 46292

de septiembre 3 de 2014, la línea jurisprudencial estableció que no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestaciones, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; es decir que el simple formulario de afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debía tener el afiliado para que fuera valido su traslado.

2-Línea jurisprudencial que ha evolucionado, pero siempre en forma progresiva a favor de los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, y merecen especial protección, especialmente frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así lo ha establecido en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS mediante la expedición de las Sentencias SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19.

3-Finalmente, ha de traer a colación una de las mas de 19 sentencias de tutela emanadas por nuestro órgano de cierre, entre otras Rad. 57158 del 15 de abril de 2020, en casos similares al que hoy nos ocupa, en donde se resaltó el desconocimiento del precedente establecido por el máximo Tribunal, y por dicha vía lesionaba derechos fundamentales a la Seguridad Social, al mínimo vital y a la igualdad, desatendiendo los pronunciamientos que la H. Corte ha proferido en casos que guardan identidad fáctica con la demandante, y en su lugar exhortó a la Sala Laboral de éste Tribunal para que se acate el precedente judicial emanado por el órgano de cierre, y de considerar imperioso separarse de él, cumpla de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente.

Se dejó establecido a manera de conclusión, y como jurisprudencia aplicable en forma obligatoria por los operadores judiciales lo siguiente:

- 1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.
- 2- Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual *debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*
- 3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
- 4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz

brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.

- 5- Que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
- 6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.
- 7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda COLPENSIONES (fls. 56 a 82) y PORVENIR SA (fls. 101 a 132). Colpensiones: aportó expediente administrativo e historia laboral de la demandante, Porvenir SA: formato de afiliación, historia de vinculaciones del SIAFP, sábana de bono pensional, historia laboral, comunicados de prensa.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 08 de octubre de 1996, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener la pensión, la proyección de la mesada a percibir por el(la)la demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

Solo afirman en la contestación de la demanda, que el asesor comercial brindo toda la información necesaria, pero no dicen quién era el asesor, allí en el formulario aparece el nombre de Alejandra Castro (fl. 111), no allegan su hoja de vida, para verificar que formación profesional tenía para brindar dicha asesoría, ni siquiera lo citan como testigo, para así corroborar la supuesta información brindada; encontrándonos ante la ausencia total de medios probatorios que demuestren la asesoría exigida, lo que hace viable acceder a las suplicas de la demanda.

En este orden, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015.

De otra parte, la afiliación a cualquiera de los regímenes, o el traslado de régimen o afiliación del RPM al RAIS no puede equipararse a la suscripción de un contrato de carácter civil, comercial o de cuenta de ahorro del Sistema Financiero, se trata, de unos deberes-derechos fundamentales e irrenunciables, consagrados en los artículos 48 y 53 de la Carta Política, imprescriptibles además, por lo que cualquier norma que contradiga dichos derechos fundamentales, habrá de tenerse por no

escrita, menos aún exigirle la carga de la prueba a la parte demandante, cuando estamos ante derechos irrenunciables de rango constitucional, y a los que acceden todos los trabajadores por orden Constitucional y Legal, trayendo a colación igualmente el Decreto 720 de 1994 y la Jurisprudencia citada en precedencia.

Este derecho-deber, está plenamente regulado por la ley 100/93 en sus artículos 13, 271 y 272, estableciendo su obligatoriedad y demás características, estableciendo claramente que cuando se violen las garantías pensionales de los afiliados, la afiliación quedara sin efecto, como ocurrió en este caso.

Por otro lado, de conformidad con la Ley 100/1993 debieron ser las administradoras quienes acrediten la asesoría que debió darle en el momento del traslado de régimen, que debe contener todos los aspectos que pudieran acaecer, y proyectarle la mesada que recibiría, en cualquiera de los dos regímenes, lo cual no hizo Porvenir SA.

De igual manera Colpensiones, no sufre ningún tipo de detrimento, pues al declararse la nulidad o ineficacia del traslado, recibirá los aportes y sus rendimientos, incluso los gastos de administración, lo cual, por el contrario favorece al fondo público, pues se podrán acrecentar los recursos para financiar las pensiones de quienes obtengan el derecho a las mismas.

Bajo las anteriores consideraciones, conllevará a REVOCAR la sentencia proferida en primera instancia, para en su lugar **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó EL(LA) DEMANDANTE del extinto ISS hoy COLPENSIONES a la AFP PORVENIR SA el 08 de octubre de 1996, y en consecuencia condenar a Porvenir SA a la *devolución* a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES de todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses y con los rendimientos que se hubieren causado, sin lugar a descuento alguno, o deterioros sufridos por el bien administrado, como lo son las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, incluso por los gastos de administración en que hubiere incurrido; y **ordenar** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a *aceptar* dichos valores, ordenando igualmente la afiliación del demandante en el régimen de prima media con prestación definida.

EXCEPCION DE PRESCRIPCION:

En lo que respecta a la excepción de prescripción, es preciso señalar, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias referidas en este proveído ha dejado claro que el derecho a solicitar la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado no pueden ser afectados por el fenómeno prescriptivo, por tanto se confirmará la declaratoria de no probada de la excepción de prescripción, conforme lo indicó el *A quo*.

COSTAS:

Sin costas en esta instancia. Las de prima a cargo de las demandadas.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISION LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: **REVOCAR** la sentencia proferida en primera instancia, para en su lugar **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó EL(LA) DEMANDANTE de COLPENSIONES a la AFP PORVENIR SA el 08 de octubre de 1996, y en consecuencia condenar a Porvenir SA a la *devolución* a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES de todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses y con los rendimientos que se hubieren causado, sin lugar a descuento alguno, o deterioros sufridos por el bien administrado, como lo son las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, incluso por los gastos de administración en que hubiere incurrido; y **ordenar** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a *aceptar* dichos valores, ordenando igualmente la afiliación del demandante en el régimen de prima media con prestación definida.

SEGUNDO: Sin **COSTAS** en esta instancia. Las de prima a cargo de las demandadas.

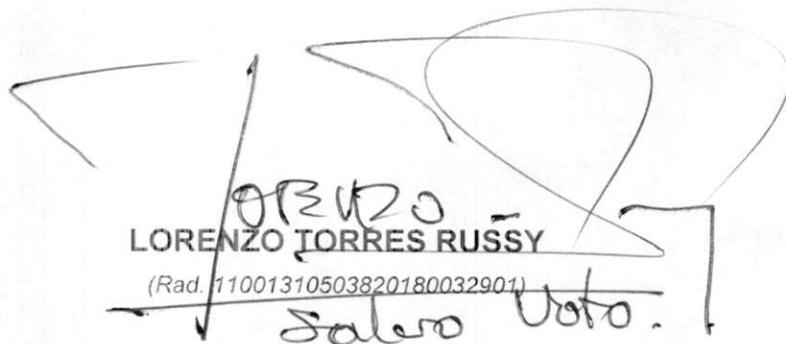
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310503820180032901)



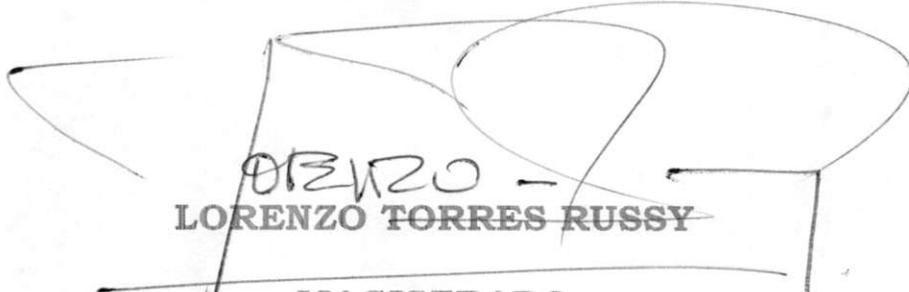
OPINION -
LORENZO TORRES RUSSY
(Rad. 11001310503820180032901)
Salvo voto.



RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA
(Rad. 11001310503820180032901)
Admisión de voto.

En lo que a la AFPs recurrentes corresponde, no debe imponerse condena en la medida en que no se probaron los perjuicios causados, cuyo resarcimiento les correspondería a la luz del artículo 10 del Decreto 720 de 1994, pero que en todo caso no deben confundirse con los efectos legales que el legislador impuso a cada uno de los regimenes pensionales.

Las afirmaciones anteriores estan ampliadas y concordadas con citas jurisprudenciales, en la sentencia dictada en el proceso ordinario de HERNAN QUINTERO CARDONA RAD.2017-0259-01, con ponencia del suscrito magistrado.



LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 07-2016-00458-01

Bogotá D.C., veintiuno (21) de agosto de dos mil veinte (2020)

DEMANDANTE: **JEIMMY INMACULADA SUAREZ RIVERA**
DEMANDADOS: **SALUDCOOP EPS ORGANISMO COOPERATIVO
SALUDCOOP**
ASUNTO : **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el Grado Jurisdiccional de Consulta en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 7° Laboral del Circuito de Bogotá el día 17 de septiembre de 2019, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

Las partes no presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 7 de julio de 2020, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El señor **JEIMMY INMACULADA SUAREZ RIVERA** instauró demanda ordinaria laboral contra de **SALUDCOOP EPS ORGANISMO COOPERATIVO SALUDCOOP EN** siguientes conceptos (fl. 6 a 11).

DECLARACIONES COMUNES:

- 1) La existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre las partes.
- 2) Que el contrato de trabajo tuvo vigencia desde el 1 de julio de 2009 al 8 de febrero de 2016.
- 3) Que el último salario básico devengado por la demandante fue la suma mensual de \$3.672.200, adicionalmente, devengaba horas extras y remuneración de trabajo suplementario.
- 4) Que el contrato de trabajo finalizó por decisión unilateral y sin justa causa por parte del empleador.
- 5) Que para la fecha del despido, la demandante se encontraba disfrutando periodo de maternidad en etapa de lactancia de que trata el Capítulo V del Código Sustantivo de Trabajo.

- 6) Que le adeudan a la demandante el pago de la totalidad de la liquidación definitiva de acreencias del contrato de trabajo.

DECLARATIVAS Y CONDENATORIAS PRINCIPALES:

- 1) Que la demandada incurrió en la prohibición de despedir consagrada en el artículo 239 del Código Sustantivo de Trabajo.
- 2) Que la demandada no solicitó permiso para despedir de que trata el artículo 240 del Código Sustantivo de Trabajo.
- 3) Declarar la nulidad o ineficacia del despido toda vez que la trabajadora estaba disfrutando de los descansos remunerados de que trata el Capítulo V del Código Sustantivo de Trabajo (Protección a la Maternidad).
- 4) Como consecuencia de la nulidad o ineficacia del despido de que fue objeto la demandante, se ordene el reintegro al puesto de trabajo que desempeñaba o a uno de iguales o superiores condiciones.
- 5) Como consecuencia de la nulidad o ineficacia del despido de que fue objeto la demandante, condenar a la demandada al pago de salarios dejados de percibir desde la fecha de despido 8 de febrero de 2016, hasta la fecha en que sea efectivamente reintegrada.
- 6) Como consecuencia de la nulidad o ineficacia del despido de que fue objeto la demandante, condenar a la demandada al pago de la prima de servicio correspondiente al lapso desde la fecha de despido 8 de febrero de 2016 hasta la fecha en que sea efectivamente reintegrada.
- 7) Como consecuencia de la nulidad e ineficacia del despido de que fue objeto la demandante, condenar a la demandada al pago de las cesantías desde la fecha de despido 8 de febrero hasta la fecha en que sea efectivamente reintegrada.
- 8) Como consecuencia de la nulidad o ineficacia del despido de que fue objeto la demandante, condenar a la demandada al pago de los intereses las cesantías desde la fecha del despido 8 de febrero de 2016 hasta la fecha en que sea efectivamente reintegrada.
- 9) Condenar al pago de vacaciones desde la fecha de despido 8 de febrero de 2016 hasta la fecha en que sea efectivamente reintegrada.
- 10) Al pago de los aportes al sistema general de seguridad social en pensiones desde la fecha de despido 8 de febrero de 2016 hasta la fecha en que sea efectivamente reintegrada.
- 11) Al pago de aportes al sistema de seguridad social en salud desde la fecha de despido 8 de febrero de 2016 hasta la fecha en que sea efectivamente reintegrada.
- 12) Al pago de los aportes al sistema general de seguridad social en riesgos laborales desde la fecha de despido 8 de febrero de 2016 hasta la fecha en que sea efectivamente reintegrada,
- 13) Costas procesales.

CONDENATORIAS SUBSIDIARIAS:

- 1) A pagar a la demandante la indemnización especial por despido consagrada en el artículo 239 del Código Sustantivo de Trabajo.
- 2) A pagar a la demandante la indemnización por despido de que trata el artículo 64 del CST.

- 3) Al pago de las cesantías correspondientes a la anualidad de 2015.
- 4) Al pago de las cesantías correspondientes al periodo comprendido entre el 1 de enero de 2016 al 8 de febrero de 2016.
- 5) Al pago de los intereses a las cesantías del periodo comprendido entre el 1 de enero de 2016 al 8 de febrero de 2016.
- 6) A pagar las primas de servicios del periodo comprendido entre el 1 de enero de 2016 al 8 de febrero de 2016.
- 7) A pagar las vacaciones correspondientes a los periodos comprendidos entre el 1 de julio de 2013 al 1 de julio de 2014, del 1 de julio de 2014 al 1 de julio de 2015 y del 1 de julio de 2015 al 8 de febrero de 2016.
- 8) A pagar la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST.
- 9) A pagar las sumas adeudadas en forma indexada, solo frente a aquellas en que sea viable esta institución sustancial.
- 10) Costas procesales.

SALUDCOOP EPS OC EN LIQUIDACIÓN (fls. 184 a 220) contestó la demanda de acuerdo al auto visible a folio 222. Se opuso a las pretensiones de la demandante y propuso excepciones de mérito.

Mediante auto del 6 de diciembre de 2017 el Juez de instancia ordenó vincular como sucesora procesal de SALUDCOOP IPS EN LIQUIDACION a la entidad **CONSEJURICAS SAS** (fl. 232).

En providencia del 16 de abril de 2018, se dio por no contestada la demanda por parte de **CONSEJURICAS SAS**.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 7° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 17 de septiembre de 2019. **DECLARÓ** que entre la señora demandante JEIMMY INMACULADA SUAREZ RIVERA y la CORPORACIÓN IPS SALUDCOOP hoy liquidada, existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 01 de junio de 2009 hasta el 08 de febrero de 2016, el cual terminó sin justa causa por parte del empleador. **DECLARÓ PROBADA** la excepción de falta de legitimación por pasiva propuesta por la IPS SALUDCOOPE en liquidación. **ABSOLVIÓ** a la IPS SALUDCOOP en liquidación y a la empresa CONSERJURICAS SA de todas las pretensiones incoadas en su contra. **COSTAS** a cargo de la demandante, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$200.000 pesos a favor de CONSERJURICAS y de la EPS SALUDCOOP hoy liquidada.

En atención a que la sentencia fue totalmente adversa a las pretensiones incoadas en la demanda, se avocará su conocimiento en el **Grado Jurisdiccional de Consulta** de conformidad con lo preceptuado en el artículo 69 del CPTSS, con fundamento en las siguientes

CONSIDERACIONES:

DE ORDEN FÁCTICO Y JURIDICO:

La controversia del presente proceso se centra en determinar: **1.** Sí la demandante tiene derecho al reintegro solicitado en la demanda.

EXISTENCIA DE LA RELACION LABORAL:

No es objeto de controversia la existencia de la relación laboral que ató a las partes y sus extremos, encontrándose plenamente establecido que la señora JEIMMY INMACULADA SUAREZ RIVERA laboró al servicio inicialmente de la CORPORACION IPS CRUZ BLANCA, en ejecución de un contrato a término indefinido a partir del **01 de julio de 2009** hasta el **08 de febrero de 2016**, desempeñándose en el cargo de "MEDICO GENERAL", de conformidad con el contrato de trabajo visible a folios 22 a 24, certificación laboral vista a folio 25 del plenario y carta de terminación del contrato de trabajo (fl. 26).

REINTEGRO:

Sea del caso indicar que quedó acreditado dentro del plenario que la terminación del contrato de trabajo se realizó de manera unilateral y sin justa causa el 8 de febrero de 2016, con fundamento en la intervención forzosa administrativa para liquidar la CORPORACIÓN IPS SALUDCOOP ordenada mediante resolución 025 del 12 de enero de 2016, aplicando el artículo 64 del Código Sustantivo de Trabajo.

En ese orden, la Superintendencia Nacional de Salud, a través de la resolución 025 del 12 de enero de 2016, levantó la medida de intervención de fuerzas administrativas y ordenó la toma de posesión inmediata de los bienes, haberes y negocios, así como la intervención forzosa para liquidar la Corporación empleadora IPS SaludCoop, después de varias prórrogas por parte de la Super Salud a la IPS SaludCoop, la última de ella, se realizó en el mes de septiembre 2015 por 4 meses hasta el 11 de enero de 2016, con el fin de que el agente interventor continuará realizando las actividades pertinentes administrativas financieras y jurídicas dentro de la corporación y IPS SaludCoop, de conformidad con la documental aportada por la Corporación IPS SaludCoop hoy liquidada, lo que quiere decir que para el 31 de enero de 2017 ya se encontraba liquidada, conforme lo consignado en la resolución 2667 del 31 de enero de 2017, mediante la cual se declaró terminada la existencia legal de esa entidad, con lo cual queda imposibilitado en impartir condena sobre la pretensión principal tendiente al reintegro, conforme lo indicó el Juez de instancia.

PRETENSIONES SUBSIDIARIAS -- FUERO MATERNIDAD:

Sea lo primero precisar que, al examinar el medio magnético incorporado a folio 262 en el expediente, allegó resolución No. 00323 del 1º de junio de 2017 expedida por SaludCoop, mediante la cual se resolvió el recurso interpuesto por la demandante, en contra de la resolución No. 012 del 19 de abril de 2016 y se reconoce una acreencia laboral a favor de la actora, el cual será incluido en el proceso liquidatorio de la empresa, por la suma de \$27.753.021, valor que corresponde a la liquidación final de la demandante, incluida la indemnización por despido sin justa causa, encontrándose ajustadas las sumas allí reconocidas.

Por otro lado, previo a resolver las pretensiones subsidiarias, habrá de determinar si las convocadas a juicio tienen la legitimación en la causa por pasiva para que en el eventual caso de una condena, sean las llamadas a responder.

En ese orden, a folios 192 a 220 reposa escritura pública No. 0059 de 2017 que contiene poder general al mandato con representación conseguido por la Corporación IPS SaludCoop en ese entonces "en liquidación", Conserjuridica EU, en la que en su cláusula primera (fl. 197 Vto.) estipuló que, la IPS SALUDCOOP, en su calidad de mandante, concede poder amplio y suficiente a Conserjuridica EU, para la representación judicial y extrajudicial, en su calidad de apoderado general, para que realice todos los actos, acciones y actuaciones extrajudiciales y administrativas necesarias para la representación judicial, administrativa, gubernativa de la Corporación IPS SALUDCOOP EN LIQUIDACIÓN, para lo cual está facultada para adelantar los trámites administrativos necesarios a agotar los mecanismos alternos a la solución de conflictos, convocar audiencias de conciliación, iniciar, adelantar y llevar hasta su culminación cuando lo considere procedente de demandas ordinarias administrativos, penales, laborales, civiles, comerciales, constitucionales, contractuales y/o los procesos de ejecución que tengan por objeto o por efecto la recuperación de la cartera o de cualquier derecho adeudado por personas naturales o jurídicas.

Más adelante, en el numeral 1.3, las partes dispusieron que el mandatario podrá disponer de los recursos que le sean entregados, y que le ingresen con posterioridad a la extinción de la persona jurídica con destino, entre otras cosas, a las deudas laborales y de prestación de servicios generados en el proceso de liquidación. En consecuencia, se dispuso que le quedaba prohibido al mandatario pagar con dichos recursos, cualquier acreencias o condena judicial relacionada y legalmente reconocida con el proceso liquidatorio o cualquier tipo de obligación en contra de la Corporación IPS SaludCoop en liquidación (fl. 199 Vto.).

De lo anterior se desprende que, la demandada **Conserjuridica EU** no tiene la obligación contractual de responder por las condenas que se lleguen a derivar de una sentencia judicial, toda vez que no está legitimada por pasiva para dar cumplimiento a una eventual sentencia condenatoria laboral, y realizar pagos de esta naturaleza.

En lo que tiene que ver con la **EPS Saludcoop**, se tiene que es una entidad completamente distinta a la liquidada, tal y como se evidencia a folio 160 y siguientes del plenario, pues ha de reiterar que la demandante suscribió un contrato de trabajo con la **CORPORACIÓN IPS SALUDCOOP**, tal y como consta de certificación laboral visible a folio 25 del plenario y carta de terminación de la relación laboral (fls. 26 y 27), por lo que en igual sentido, también carece de legitimación en la causa por pasiva para responder eventualmente por algún derecho reclamado por la aquí demandante, en consecuencia se confirmará la declaratoria de la excepción de falta de legitimación en la causa de pasiva de ambas demandadas, conforme lo indicó el Juez de instancia.

Finalmente, y en gracia de discusión, en relación con la indemnización de que trata el artículo 239 y 240 del código sustantivo del trabajo, el cual establece que ninguna trabajadora podrá ser despedida por motivo de embarazo o lactancia, sin la

autorización previa del Ministerio de Trabajo que avale una justa causa, se observa que fue aportado el registro civil de nacimiento de la hija de la demandante, Karen Daniela Callejas visto a folio 21 del plenario, que registra que nació el 9 de octubre de 2015, por lo que los 3 meses posteriores al nacimiento culminó el 9 de enero de 2016, y la demandante fue despedida el 8 de febrero de 2016, esto es, con posterioridad al periodo que contaba con fuero de maternidad, sin que por tanto se cumplan las exigencias establecidas en la norma en mención, por lo que se despacha desfavorablemente la súplica por indemnización de que trata el artículo 239 del CST.

Bajo las anteriores consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la sentencia absolutoria proferida en primera instancia.

COSTAS. Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISION LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 17 de septiembre de 2019 por el Juzgado 7° Laboral del Circuito de Bogotá

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.


MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310500720160045801)


LORENZO TORRES RUSSY

(Rad. 11001310500720160045801)


RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

(Rad. 11001310500720160045801)



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

MARCELIANO CHAVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 06-2016-00499-01

Bogotá D.C., veintiuno (21) de agosto de dos mil veinte (2020)

DEMANDANTE: **CARLOS MAURICIO ARIAS BULLA**
DEMANDADO: **JUAN ANTONIO CUBAQUE CAÑAVERA**
ASUNTO : **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el Grado Jurisdiccional de Consulta en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 6° Laboral del Circuito de Bogotá el día 21 de agosto de 2019, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

Las partes guardaron silencio, según lo ordenado en auto del 7 de julio de 2020, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El señor **CARLOS MAURICIO ARIAS BULLA** instauró demanda ordinaria laboral contra de **JUAN ANTONIO CUBAQUE CAÑAVERA** con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos (fl. 26 y 27):

- 1) Declarar que entre las partes existió una relación laboral desde el 17 de agosto de 2010 hasta el 15 de agosto de 2015, regida por un contrato de trabajo verbal, el cual terminó, por acuerdo entre las partes.
- 2) Declarar que el demandado actuó con deslealtad al desconocer y retardar injustificadamente y a sabiendas los montos correspondientes por concepto de cesantías.
- 3) Intereses a las cesantías.
- 4) Vacaciones.
- 5) Prima de servicios.
- 6) Que el demandado debe pagar al actor la sanción moratoria contemplada en el artículo 65 del CST, por no haberle cancelado a la terminación del contrato, las prestaciones debidas al trabajador, condena que debe extenderse hasta el momento en que se haga efectivo el pago.
- 7) Costas procesales.

La sociedad demandada contestó la demanda (fls. 45 a 60) de acuerdo al auto visible a folio 61. Se opuso a las pretensiones del demandante, proponiendo excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 09° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 12 de junio de 2019. **ABSOLVIÓ** al demandado JUAN ANTONIO CUBAQUE CAÑAVERA, de todas y cada una de las pretensiones incoadas en la demanda. **COSTAS** a cargo de la parte demandante, incluyendo la suma de \$200.000 como agencias en derecho.

En atención a que la sentencia fue totalmente adversa a las pretensiones de la demanda, la Sala avocará su conocimiento en el *grado jurisdiccional de Consulta* con fundamento en las siguientes

CONSIDERACIONES

DE ORDEN FACTICO Y JURÍDICO:

La controversia del presente proceso se centra en determinar: **1.** Si entre el señor Carlos Mauricio Arias Bulla y Juan Antonio Cubaque Cañavera, existió una relación laboral con vigencia desde el 17 de agosto de 2010 hasta el 15 de agosto de 2015. **2.** En caso afirmativo, si proceden las condenas relacionadas en el libelo introductorio.

DE LA EXISTENCIA DE LA RELACIÓN LABORAL:

La Sala acomete el estudio minucioso de la prueba testimonial y documental obrante dentro del plenario a fin de establecer si entre las partes existió una relación laboral en los términos indicados en la demanda y de sus extremos temporales, o si como lo concluyera el juzgador de primer grado, negar las pretensiones introducidas en el libelo introductorio.

De acuerdo a lo anterior, Conforme lo consagra el art. 22 del C.S.T., el contrato de trabajo debe entenderse como *“aquél por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración”*.

Así pues, para que resulten probadas sus pretensiones, es necesario acudir a lo dispuesto en el artículo 23 del C.S.T., que dispone la existencia de tres elementos para la configuración del contrato de trabajo a saber: 1) **la actividad personal del trabajador**, 2) **remuneración** y 3) **la subordinación**, la cual, valga aclarar, se diferencia de los anteriores al ser sólo predicable en la existencia de un contrato de trabajo.

Significa lo anterior que, la existencia del vínculo laboral depende primordialmente de la *“situación real”* en la que se encuentre la persona que hace las veces de trabajador y no de la *“situación formal”* o del acto celebrado entre las partes.

De encontrarse acreditados los elementos mencionados, el contrato de trabajo así tenga una denominación formal propia, debe ser tomado como lo que realmente es y no lo que aparenta ser. En apoyo de ello nuestra Constitución Política en el artículo 53 consagra el principio de primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales.

Así las cosas, el artículo 24 del C.S.T. establece la presunción de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo. Dentro de éste orden, si quien presta sus servicios personales y deriva de ello una retribución económica directa alega que el vínculo contractual que sostiene es de estirpe laboral, y no civil o de prestación de servicios, le corresponde como carga probatoria acreditar efectivamente la prestación del servicio y su remuneración, quedando a cargo de quien la niega la carga de acreditar que esa relación no era subordinada o que estando en presencia de elementos denotativos de la misma no se trataba en realidad de aquella subordinación jurídica presente en los contratos de trabajo.

Dentro de éste orden, si quien presta sus servicios personales y deriva de ello una retribución económica directa alega que el vínculo contractual que sostiene es de estirpe laboral, y no civil o de prestación de servicios, le corresponde como carga probatoria acreditar efectivamente la prestación del servicio y su remuneración, quedando a cargo de quien la niega la carga de acreditar que esa relación no era subordinada o que estando en presencia de elementos denotativos de la misma no se trataba en realidad de aquella subordinación jurídica presente en los contratos de trabajo.

Así entonces, la carga probatoria respecto de la subordinación jurídica no es imputable al trabajador por el hecho de que alegue la existencia de un contrato de trabajo, pues la exigencia probatoria respecto de él, como viene dicho, es la demostración de la prestación personal del servicio y su retribución.

Cumpliendo el trabajador con esa carga probatoria se activa a su favor la presunción de que esa relación estaba regida por un contrato de trabajo, la cual por ser una presunción legal es susceptible de ser desestimada mediante la demostración del hecho contrario.

Descendiendo al *sublite*, el demandante alega que prestó sus servicios para el accionado en una única relación laboral desde el 17 de agosto de 2010 al 15 de agosto de 2015.

El demandado por su parte, niega la existencia de la relación laboral en los términos planteados en la demanda, indicando que le permitió al Sr. ARIAS BULLA, por ser primo – hermano de su otrora compañera sentimental, vender productos deportivos dentro de un pequeño espacio, en el establecimiento de comercio de su propiedad, de manera independiente, autónoma y aislada de la actividad comercial del demandado, sin que se generara un compromiso laboral.

Ahora bien, como sustento de su pretensión, el demandante allegó al plenario las siguientes pruebas: derecho de petición dirigido al demandante, el cual no cuenta con firma de recibido por éste, solicitud del pago de prestaciones sociales, recibido

por el Sr. Rubén Darío James, certificación expedida por el demandado, en calidad de gerente del establecimiento de comercio "TRAINING AND TRAINING", en el que se indica que el actor desempeña en esa empresa, el cargo de Director Administrativo asesor, desde el día 25 de agosto de 2008 a la fecha, certificación expedida el 11 de julio de 2013 (fl. 16).

Por otro lado, absolvió interrogatorio de parte al Sr. Carlos Mauricio Arias, quien admitió que la certificación laboral le fue expedida con la intención de solicitar un préstamo ante una entidad bancaria y que había llegado al país y el demandado le había brindado la mano para poder trabajar.

Por su parte, el señor Juan Antonio Cubaque afirmó en su interrogatorio que le dispuso un espacio de su gimnasio al demandante para que pudiera vender unos elementos deportivos, pues el mismo acababa de llegar a Bogotá y no tenía trabajo. Que no recuerda bien la fecha en que se fue del sitio que le había proporcionado para vender sus artículos, pero recuerda que coincide para la fecha en que terminó con su relación sentimental con la prima del accionante.

Analizado lo expuesto, y conforme el material probatorio obrante dentro del plenario, ha de precisar en primer lugar que si bien el demandante ocupó un espacio en el establecimiento de comercio del demandado con el fin de ejercer na actividad económica de venta de productos deportivos, lo cierto es que, no se logró acreditar el extremo inicial de la relación laboral, pues valga resaltar las incongruencias en las que incurre, pues por un lado, indica en la demanda, que inició a trabajar el 17 de agosto de 2010, sin embargo, en la certificación que allega, señala que dio inicio a sus labores el 25 de agosto de 2008, sin que se probara en el presente asunto que efectivamente el demandante prestó sus servicios para el demandado.

En lo que tiene que ver con la prueba documental denominada como certificación laboral, habrá de despacharse desfavorablemente, pues de conformidad con las afirmaciones del mismo demandante en su interrogatorio de parte, obedeció a que la misma fue expedida con el único fin de solicitar un préstamo bancario, razón por la cual, de conformidad con el artículo 191 del CGP, la manifestación del accionante, no se produjo sobre un hecho que produzca consecuencias adversas al confesante, y en consecuencia, al no acreditar la fecha inicial de la relación laboral la parte actora tendrá que asumir las consecuencias que establece el artículo 167 del CGP, esto es, que no cumplió con la carga probatoria que le correspondía, por lo que conlleva a una decisión absolutoria.

Por otro lado, en lo que tiene que ver con el extremo final de la relación, se advierte nuevamente que la parte actora tampoco logró demostrar el extremo final, pues en el interrogatorio de parte afirmó que la relación de trabajo había finalizado el 15 de agosto de 2015, sin embargo, en el texto de la demanda se informa de manera genérica que el vínculo feneció a mediados del año 2015, sin que se determinara mes y día, época que según lo afirmado en la contestación de la demanda coincidió con la separación definitiva del accionado con su compañera sentimental, y a su vez, familiar del actor, sin embargo, del interrogatorio de parte practicado el demandado, señaló que para junio 20 de 2015, el demandante ya no se encontraba en el espacio que utilizó para vender sus productos, sin embargo indicó no recordar la fecha exacta en que el actor se fue del espacio del gimnasio.

Teniendo en cuenta lo expuesto, la deficiencia probatoria relacionada con la temporalidad del vínculo jurídico que ató a las partes, impide la prosperidad de las pretensiones incoadas en la demanda, toda vez que la prueba recaudada no permite determinar la existencia de una relación laboral entre las partes dentro del periodo comprendido entre el 17 de agosto de 2010 hasta el 15 de agosto de 2015, por el contrario, la prueba testimonial y documental que obra dentro del plenario da cuenta que el vínculo por éste periodo, era autónomo e independiente, que no se recibían órdenes o instrucciones, ni se cumplía un horario, pues lo que ocurrió entre las partes fue tan solo el alquiler del espacio por parte del demandante en el establecimiento de comercio del demandado con el fin de ejercer na actividad económica de venta de productos deportivos, razón por la cual, al no reunirse los elementos establecidos en el artículo 23 del CST para determinar la existencia de una relación laboral, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P y en concordancia con los principios que informan la carga de la prueba, la parte demandante debe soportar la imposición de una decisión absoluta, pues no se allanó a la obligación de probar sus afirmaciones.

En consecuencia, habrá de **CONFIRMARSE** la sentencia apelada.

COSTAS: Sin **costas** en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISION LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 21 de agosto de 2019 por el Juzgado 6º Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: Sin **COSTAS** en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.


MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
(Rad. 11001310500620160049901)


LORENZO TORRES RUSSY
(Rad. 11001310500620160049901)


RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA
(Rad. 11001310500620160049901)



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 21-2017-00096-01

Bogotá D.C., veintiuno (21) de agosto de dos mil veinte (2020)

DEMANDANTE: **FREDY ARBEY RUGE MARTINEZ**
DEMANDADO: **FIDUAGRARIA SA como administradora y vocera del patrimonio autónomo de remanentes ISS LIQUIDADO**
ASUNTO : **APELACIÓN (Demandante y Demandada)**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por las partes demandante y demandada en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 21° Laboral del Circuito de Bogotá el día 07 de noviembre de 2019, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

El apoderado de la parte demandante (folios 314 a 316), presentó alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 7 de julio de 2020, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El señor **FREDY ARBEY RUGE MARTINEZ** instauró demanda ordinaria laboral contra de **FIDUAGRARIA SA** como administradora y vocera del patrimonio autónomo de remanentes ISS EN LIQUIDACIÓN, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos (fl. 152 a 153):

Declarativas Principales:

- 1) Que el demandante estuvo vinculado con el ISS mediante un contrato de trabajo a término indefinido, teniendo en cuenta como extremos temporales desde el 7 de julio de 2008 al 15 de junio de 2012, de acuerdo al artículo 232 CST.
- 2) Que a la fecha del retiro no le fueron canceladas ni pagadas las prestaciones sociales definitivas.
- 3) Que le adeudan los siguientes conceptos:

- a. Auxilio de cesantías
- b. Intereses a las cesantías.
- c. Sanción por no consignación de cesantías.
- d. Sanción por no pago de intereses a las cesantías.
- e. Vacaciones.
- f. Prima legales de servicios.
- g. Primas extralegales de servicios.
- h. Cotizaciones a seguridad social y parafiscal.
- i. Reajustes salariales.
- j. Indemnización moratoria.

Subsidiarias:

- 1) En subsidio a la pretensión principal contenida en el numeral primero, se declare la existencia de un contrato de trabajo a termino indefinido, teniendo como extremos temporales, los que se probaren en el proceso.
- 2) Realizar la liquidación final del contrato de trabajo, conforme los salarios pactados en los contratos de prestación de servicio.
- 3) Auxilios de transporte.

Condenatoria:

- 1) Condenar a reconocer y pagar a favor del actor los siguientes conceptos:
 - a. Auxilio de cesantías.
 - b. Intereses a las cesantías.
 - c. Sanción por en lo pago de los intereses a las cesantías.
 - d. Sanción por la no consignación de cesantías.
 - e. Vacaciones.
 - f. Primas.
 - g. Primas extralegales consagradas convencionalmente.
 - h. Cotizaciones a salud, pensión y parafiscales.
 - i. Nivelación salarial.
 - j. Sanción moratoria.
 - k. Costas procesales.

La **FIDRUAGRARIA SA** contestó la demanda (fls. 169 a 185); de acuerdo al auto visible a folios 250. Se opusieron a las pretensiones del demandante y propusieron excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 21° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 10 de junio de 2019. **DECLARÓ** que entre el señor **FREDY ARBEY RUGE MARTINEZ** y el extinto **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES**, existió un contrato de trabajo, en calidad de Trabajador Oficial, en el interregno comprendido entre el 07 de julio de 2008 al 30 de junio de 2012. **DECLARÓ PROBADA PARCIALMENTE** la excepción de prescripción. **CONDENÓ** a la demandada **FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO SA – FIDUAGRARIA SA** única y exclusivamente como vocera y administradora del **PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES PAR ISS** hoy liquidado, a pagar a favor del accionante, los siguientes conceptos:

- A. \$9.678.996 por concepto de cesantías.
- B. \$3.248.179,50 por primas de servicios convencional.
- C. \$3.248.179,50 por primas de navidad convencional.
- D. \$2.147.407,56 por compensación de vacaciones.

CONDENÓ a la demandada a pagar indexadas las anteriores sumas, desde que se hicieron exigibles y hasta que el pago se haga efectivo. **DECLARÓ NO PROBADAS** las excepciones de **INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES RECLAMADAS, PAGO, COBRO DE LO NO DEBIDO, COMPENSACIÓN y BUENA FE. ABSOLVIÓ** al extremo demandado de las demás pretensiones formuladas en su contra. **COSTAS** a cargo de la entidad demandada, incluyendo como agencias en derecho al suma de \$600.000.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte **demandante** interpuso recurso de apelación de los siguientes puntos de la sentencia:

1. **SANCIÓN MORATORIA:** Solicita se revoque la absolución de la sanción moratoria, y en su lugar se acceda al reconocimiento de la misma, como quiera que si bien para la terminación de la relación ya había entrado en liquidación el ISS, lo cierto es que dicha situación no exime de mala fe en su actuar, en la suscripción de múltiples contratos de prestación de servicios, con lo cual se desprenda mala fe de la demandada en no querer generar carga prestacional para la entidad desde el año 2008 hasta el 2012.

La parte **demandada** interpuso recurso de apelación de los siguientes puntos de la sentencia:

1. **EXISTENCIA DE LA RELACIÓN LABORAL:** Solicita se revoque la decisión de primera instancia, respecto de todas las prestaciones que fueron objeto de condena, teniendo en cuenta que las funciones que desempeñó el demandante era el de coordinador y supervisor del área de pensiones del ISS, y de conformidad con el artículo 1º del Decreto 416 de 1997 que aprobó el Acuerdo 145 del mismo año, emanado por el Consejo Directivo del ISS, se acordó que los servidores que desempeñaran funciones como presidentes, secretario, asesor, jefe de departamento, coordinador, personal de auditoría, entre otros, debían clasificarse como empleador públicos, y en ese sentido el actor no tendría derecho a ninguna prestación que aquí solicita. Aun así, si se confirma la decisión que entre el demandante y el ISS existió una relación laboral, ha de resaltarse que el actor es abogado, y que difícilmente puede ahorita llegar a manifestar que lo engañaron con múltiples contratos de prestación de servicios, además porque los mismos testigos indicaron que los supuestos llamados de atención eran únicamente relacionados con el cumplimiento de metas, sin que se puede confundir con los medios de control de las relaciones de prestación de servicios, por lo que solicita se revoque la declaratoria de la existencia de una relación laboral.

- 2. PRIMA DE NAVIDAD:** Solicita se revoque la prima de navidad, en el caso en que se confirme la declaratoria del contrato de trabajo, como quiera que la misma resulta incompatible con el reconocimiento de la prima extralegal de servicios, reconocida conforme el parágrafo primero del artículo 51 del Decreto 1848 de 1969, reglamentado por el Decreto 3135 de 1968 y el parágrafo primero de la Ley 45 de 1945, como se adoctrinó en la sentencia con Rad. 35954 del 15 de mayo de 2012.

CONSULTA

No obstante la interposición de los recursos presentados por las partes, en atención a que la sentencia fue adversa a la Entidad Demandada, la Sala avocará su conocimiento en el *grado jurisdiccional de Consulta* dado lo preceptuado en el artículo 69 del CPTSS.

Recursos y grado jurisdiccional que pasa a resolver la Sala con fundamento en las siguientes

CONSIDERACIONES:

DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si el vínculo contractual existente entre las partes se rigió no por un contrato de prestación de servicios regulado por la ley 80 de 1993, sino por un contrato de trabajo a término indefinido; **2.** En caso afirmativo de existir una relación laboral, si le asiste derecho al reconocimiento de las prestaciones sociales legales y convencionales peticionadas en la demanda.

DE LA EXISTENCIA DE LA RELACIÓN LABORAL

Por razones de método en primer término analizará la Sala el recurso de apelación formulado por la demandada que comienza por alegar que entre las partes se celebraron diferentes contratos de prestación de servicios regidos por la Ley 80 de 1993, que en ejercicio de la autonomía de la voluntad, fueron suscritos por la demandante.

Al respecto, la Sala evidencia que el demandante suscribió con la demandada sendos contratos de prestación de servicios. Sin embargo, se debe indagar si se cumplieron los requisitos del contrato de trabajo, pues el documento suscrito, así tenga una denominación formal propia, debe ser tomado como lo que realmente es y no lo que aparenta ser. Lo anterior constituye el principio de la primacía de la realidad que ha venido siendo contemplado por las normas laborales desde la ley 6ª de 1945 y su Decreto Reglamentario 2127 del mismo año, y que ahora tiene consagración constitucional en el artículo 53 de la Constitución Política, el cual establece la **primacía de la realidad sobre formalidades establecidas** por los sujetos de las relaciones laborales.

Descendiendo al *sub lite* encuentra la Sala que el supuesto de la prestación personal del servicio por el actor a favor del ISS es un hecho acreditado por la constancia expedida por la señora María Antonieta Vásquez Fajardo, Coordinadora

General del extinto ISS (fl. 25), la cual da cuenta que el demandante prestó sus servicios para la accionada a partir del 07 de julio de 2008 al 14 de junio de 2012, percibiendo como últimos honorarios mensuales por la suma de \$2.165.453.

Por otro lado, se recibió el testimonio de la señora **ANA CONSTANZA MURILLO MUNRAD, DIXON ALFONSO NÚÑEZ NÚÑEZ** y **CARLOS GUILLERMO PELÁEZ MORENO** quienes coincidieron en indicar que conocen al demandante por cuanto trabajaron para el ISS desde el año 2005, que el demandante ingresó al ISS como analista y luego a pasó a ser revisor, que sus funciones consistían en realizar actos administrativos de reconocimientos pensionales, y posteriormente se encargaba de realizar el reparto al interior del área, con destino a los trabajadores y liquidadores. Así mismo, refirieron que el actor tuvo dos jefes inmediatos, los señores Jairo Franco y Ricardo Villa, quienes eran asesores del ISS, y le daban órdenes directamente al actor, relacionadas con el cumplimiento de metas y producción diaria. Que el demandante era el enlace entre el jefe y los demás trabajadores, y que éstos jefes directos le hicieron varios llamados de atención al actor. Que el demandante prestó sus servicios a la entidad demandada dentro de los horarios por ella establecidas, en las instalaciones de la accionada, en un horario de 8:00 am a 5:00 pm de lunes a viernes. Que debía solicitar permisos para ausentarse de su lugar de trabajo.

Acorde a lo anterior, la existencia del contrato de trabajo debe presumirse tal y como lo contempla el artículo 20 del Decreto 2127 de 1945, correspondiendo entonces al beneficiario del servicio desvirtuar dicha presunción si alega que el servicio en realidad no lo fue bajo subordinación jurídica de carácter laboral.

En el presente caso la entidad demandada no desvirtuó dicha presunción puesto que no demostró que el señor FREDY ARBEY RUGE MARTÍNEZ prestara sus servicios con la autonomía e independencia que caracteriza dichas formas de contratación directa como son los contratos de prestación de servicios, precisando que se acreditó que el demandante cumplió las funciones del cargo "Abogado", conforme la documental obrante a folio 25 del plenario, en la que se detalla las actividades ejercidas por el actor con ocasión a los contratos suscritos con el extinto ISS, actividades de las cuales no eran ajenas al giro ordinario de las desarrolladas por la demandada en atención a su objeto social; contrariamente eran funciones propias del servicio público a ésta encomendada, lo que de suyo excluye la posibilidad de efectuar contratación de personal bajo la modalidad de prestación de servicios, ya que dichas funciones pueden y deben ser desarrolladas por personal de planta de la entidad (art. 32 Ley 80 de 1993).

Sumado a lo anterior, no puede soslayarse el hecho de que conforme a las probanzas, el demandante tenía que cumplir un horario de trabajo, circunstancia que por demás es indicativa de subordinación al tenor de lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley 6ª de 1945.

Así pues, nótese el poder subordinante que se ejercía sobre el actor conforme la documental a folios 36 a 55 del plenario correspondientes a circulares y/o memorandos internos y comunicados de directrices, pruebas suficientes, asignación de turnos de navidad y año nuevo, de las que se puede establecer que evidentemente el actor estaba sujeta a órdenes, así como a un horario, lo que

constituye "elemento indicativo de la **subordinación laboral**", aspecto que excluye el concepto de autonomía, propio de vinculaciones jurídicas distintas al contrato de trabajo, quedando claro igualmente con las declaraciones recibidas dentro del plenario, que la actividad la cumplía en las instalaciones de la entidad demandada, obedeciendo órdenes, cumpliendo características de idoneidad según las directrices del art. 1° de la Ley 6/45, y no conforme a contratos de prestación de servicios regulados por el art. 3° de Ley 80/93, precisándose igualmente que siendo la naturaleza jurídica de la encartada la de una Empresa Industrial y Comercial del Estado, por regla general, sus servidores ostentan la calidad de trabajadores oficiales, por tanto así habrá de entenderse respecto de la accionante.

En punto al argumento expuesto por la demandada, tendiente a la improcedencia de la declaratoria de la existencia del contrato, por cuanto el actor fungió cargos de coordinador, cargo que de conformidad con el inciso 2.° del artículo 5.° del Decreto Ley 3135 de 1968, excepcionalmente, los servidores de las empresas industriales y comerciales del Estado de acuerdo con sus estatutos, son empleados públicos cuando ejerzan funciones de dirección y confianza.

De acuerdo con la clasificación de los empleos del ISS prevista en el Decreto 416 de 1997, en armonía con la estructura de la entidad consagrada en el Decreto 337 de 1995, para que los servidores **profesionales o secretarías ejecutivas** a que se refiere el numeral 13 del primero de los citados puedan considerarse como empleados públicos, es indispensable que el cargo que desempeñen se encuentre adscrito a los despachos de presidente, secretario general o seccional, vicepresidente, gerente y director; que presten sus servicios en forma directa a los titulares de dichos despachos, y que sus actividades estén inmersas en la excepción prevista en el inciso 3.° del artículo 5.° del Decreto Ley 3135 de 1968.

De ese modo, las funciones de los profesionales adscritos a los **niveles ejecutivos** del ISS (inc. 3.° del art. 3.° del Decreto 337 de 1995) tales como el **Departamento de Pensiones de la Seccional Cundinamarca**, no pueden incluirse dentro del catálogo de actividades exceptuadas del régimen de los trabajadores oficiales, como quiera que los *departamentos, coordinaciones, secciones o centros* no pertenecen a los niveles directivo y asesor de la entidad, en la medida que entre sus funciones no está la adopción de directrices generales, no pertenecen a la más alta jerarquía de la estructura organizacional del instituto y, para su desempeño, tampoco exigen la especial **confianza** que entraña el carácter *intuitu personae* (SL 2584 Rad. 74357 del 3 de julio de 2019).

Ahora bien, en el presente caso, al demandante se le vinculó como «**abogado en el departamento de pensiones seccional**» según consta en la certificación visible a folio 25 del plenario.

En consecuencia, conforme al contexto normativo atrás descrito y de acuerdo con las pruebas reseñadas, la pretensión declarativa de la existencia del contrato de trabajo que demanda el accionante, quien fue vinculado como abogado en el **Departamento de Pensiones Seccional**, mediante contratos administrativos de prestación de servicios regulados por la Ley 80 de 1993, debe ser analizado bajo la eventual calidad de trabajador oficial y no como lo argumenta el recurrente, como empleado público.

En ese contexto, resulta viable presumir la existencia del contrato de trabajo que no logró desvirtuar la demandada, dado que en su defensa solo adujo que la necesidad de vincular al actor bajo una de las modalidades de la Ley 80 de 1993, se fundamentó en la falta de personal suficiente para ejercer la actividad contratada, aseveración que apoya en 9 contratos de prestación de servicios y pólizas de cumplimiento, informes de interventoría y actas finales de cumplimiento, instrumentales que, en criterio de la Sala, lejos de desvirtuar la relación de trabajo subordinada, la reafirma.

Todo lo anterior da cuenta que, contrario a lo que afirma la demandada, lo que existió fue una verdadera relación de carácter laboral subordinada, en tanto el trabajo que desarrolló el actor era controlado; se le imponía el cumplimiento de metas de sustanciación de resoluciones, solicitudes, derechos de petición y otros requerimientos pensionales; debía cumplir horario de trabajo que, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.º de la Ley 6.ª de 1945, en el sector oficial sí es indicativo de la dependencia laboral; desempeñaba las mismas funciones del personal de planta y con elementos de trabajo que le asignaba el instituto demandado, hechos que tiene respaldo en la prueba testimonial practicada dentro del plenario.

Corolario de lo anterior, considera la Sala que en el presente asunto, contrario a lo afirmado por el apoderado de la demandada, se encuentran suficientemente demostrados los elementos característicos de la relación laboral, sin que existan pruebas que desvirtúen la presunción prevista en el artículo 20 del Decreto 2127 de 1945 no quedando otro camino que **CONFIRMAR** la declaratoria del vínculo laboral existente entre las partes, el cual estuvo regido por un contrato de trabajo.

Teniendo en cuenta lo anterior y con fundamento en el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades se declarará la existencia de un solo contrato de trabajo desde el **7 de julio de 2008** hasta el **14 de junio de 2012**, conforme certificación visible a folio 25, y no hasta el 30 de junio como lo indicó el Juez de instancia, sin que las interrupciones entre la finalización de algunos de los contratos y el inicio de otro tenga la fuerza de desvirtuar la no solución de continuidad en la relación laboral. Se **MODIFICARÁ en este punto la decisión, en relación a los extremos temporales.**

APLICACIÓN DE LA CONVENCION COLECTIVA

Al respecto conviene advertir que la Jurisprudencia de la CSJ Sala de Casación Laboral de vieja data tiene definido la procedencia del reconocimiento de los beneficios de la Convención Colectiva a los trabajadores que como la aquí demandante sean reconocidos como trabajadores de dicho Instituto en virtud de una declaración judicial de existencia de contrato de trabajo, trayendo a colación las sentencias del 16 de septiembre de 2009 Rad 36609, ratificada entre otras sentencias Rad 33759 de 2009 y SL1907 de 2014 Rad 41826.

Así las cosas, atendiendo a lo consagrado en el artículo 3º del Acuerdo Colectivo 2001-2004, al reconocimiento de la representación mayoritaria del sindicato y al hecho de que no se discutió ni probó que el demandante hubiera renunciado expresamente a los beneficios de la Convención Colectiva 2001-2004 celebrada

entre el ISS y SINTRASEGURIDADSOCIAL, no encuentra la Sala razones para desconocer la aplicación a la actora de dicha Convención Colectiva como lo pretende la parte demandada, por lo que la Sala procede al estudio de las pretensiones legales y convencionales deprecadas, para el efecto se precisa que el texto de la convención colectiva fue incorporado al plenario con la debida constancia de depósito y decretada como prueba.

DE LAS ACREENCIAS LABORALES

Así pues, para efecto de resolver sobre las acreencias laborales a las que fue condenada la demandada y las que son objeto del grado jurisdiccional de consulta, se tendrá como salario para cada año laborado por la demandante, el promedio de los salarios devengados y relacionados en los contratos de prestación de servicios anexos en el expediente, devengando como último salario la suma de \$2.165.453.

DE LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN.

El juez de instancia declaró probada parcialmente la excepción de prescripción de todos los derechos reclamados con anterioridad al **21 de febrero de 2011**, y en el caso de las cesantías indicó que no prescribían.

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia con radicación 41522 del 14 de agosto de 2012, con ponencia del Magistrado Carlos Ernesto Molina Monsalve, adoctrino que la prescripción de los derechos laborales se debe contabilizar desde que cada uno de ellos se hizo exigible. Sin embargo en sentencia 34393 del 24 de agosto de 2010¹ con ponencia del Magistrado Luis Javier Osorio López se exceptuó lo relativo a las cesantías, que se hacen exigibles a partir de la terminación del vínculo laboral y respecto a las vacaciones la CSJ en la 39023 del 14 de agosto de 2013 con ponencia del Magistrado Rigoberto Echeverry Bueno² que rememora la del 9 de marzo de 1994,

¹ En este punto conviene aclarar, como ya se advirtió, que el auxilio de cesantía que no fue consignado en la oportunidad prevista en la ley, esto es, antes del 15 de febrero del siguiente año, **no se encuentra afectado por el fenómeno jurídico de la prescripción en vigencia de la relación laboral**, así la ley disponga que su liquidación sea anual, habida consideración que para efectos de su prescripción debe contabilizarse el término desde el momento de la terminación del contrato de trabajo, que es cuando verdaderamente se causa o hace exigible tal prestación social, en los términos del artículo 249 del C. S. del T..

En efecto, el auxilio de cesantía es una prestación social y cualquiera que sea su objetivo o filosofía, su denominador común es el de que el trabajador solo puede disponer libremente de su importe **cuando se termina el contrato de trabajo** que lo liga con su empleador. Pues durante la vigencia de su vínculo, no puede acceder al mismo sino en casos especiales que están regulados por la ley, en los cuales se ejerce una de las tantas tutelas jurídicas a favor del subordinado, que procura que sea correcta la destinación de los pagos que por anticipos parciales de cesantía recibe como parte del fruto de su trabajo, acorde con las disposiciones de los artículos 249, 254, 255 y 256 del C. S. del T., 102 ordinales 2 - 3 y 104 inciso último de la Ley 50 de 1990, y artículo 4º de la Ley 1064 de 2006.

En cambio, cuando el contrato de trabajo finaliza, el trabajador puede disfrutar sin cortapisa alguna de dicha prestación, pues la obligación del empleador en ese momento es la de entregarla bien directamente a quien fue su servidor o a través de los fondos administradores según la teleología de la ley.

Se apunta lo anterior, por cuanto ese denominador común no varió con la expedición de la Ley 50 de 1990, que sustancialmente cambió la forma de liquidación del auxilio de cesantía; pues si antes se liquidaba bajo el sistema conocido como el de la retroactividad, ahora, desde la vigencia de dicha ley se liquida anualmente con unas características que en seguida se precisarán.

El artículo 99 de la citada Ley 50 de 1990, contiene seis (6) numerales, de los cuales importan al presente asunto los cuatro (4) primeros, que analizados integralmente y aún uno por uno, nos llevan a la conclusión de que la prescripción del auxilio de cesantía de la forma regulada por el precepto en comento, **empieza a contarse desde la terminación del contrato de trabajo y no antes**.

² Además de ello, esta Sala de la Corte ha sostenido que la compensación en dinero de las vacaciones, que es la que se amolda a las pretensiones de la demanda, se hace exigible desde la misma terminación del contrato de trabajo y, por lo mismo, desde allí comienza a contarse el término para la prescripción. En la sentencia del 9 de marzo de 1994, Rad. 6354, la Sala explicó al respecto:

"Sin embargo, no obstante esta conclusión sobre la suerte del cargo, ello no impide que la Corte haga una corrección doctrinal a la sentencia del ad quem, en el sentido de que según desarrollo jurisprudencial de esta Sala de la Corte, el

Rad. 6354 aclara que las mismas de hacen exigibles vencido cada año de prestación de servicios, pero si no se disfrutaban, su compensación en dinero se hará exigible desde la terminación del contrato.

De otro lado se tiene que la relación laboral culminó el **14 de junio de 2012**, que elevó la reclamación administrativa el **21 de febrero de 2014** (fls. 15), y la demanda fue presentada el **20 de febrero de 2017**, conforme el acta de reparto visible a folio 148, de lo que se obtiene que conforme a lo estipulado en el artículo 151 del C.P.T. y S.S., artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 y el artículo 94 del C.G.P., **NO** operó el fenómeno prescriptivo, frente a las obligaciones laborales que se causaron a la terminación del contrato de trabajo, tales como: cesantías, indemnización por despido injusto e indemnización moratoria por el no pago oportuno de las acreencias laborales.

No sucedió igual con las demás acreencias ordenadas, dada la prescripción trienal, que se causaron con anterioridad al **27 de febrero de 2011** (3 años antes de la reclamación administrativa), y específicamente a las vacaciones y prima de vacaciones estaría prescrito con anterioridad al **27 de febrero de 2010** (4 años antes), conforme los artículos 17, 23 y 31 del decreto 1045 de 1978, sin embargo, como quiera que éste punto se está conociendo en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de la entidad demandada, conlleva a **CONFIRMAR** el numeral segundo de la sentencia proferida en primera instancia.

Vale precisar que los aportes a pensión son imprescriptibles hasta tanto el derecho a reclamar la pensión se perfeccione³.

Precisado lo anterior, procederá la Sala a revisar las condenas impuestas por el juez de primera instancia, máxime por cuanto se modificó el extremo final de la relación laboral, así como las que fueron objeto de recurso de apelación:

- **CESANTÍAS:** En aplicación del Art. 61 de la Convención Colectiva de Trabajo, se MODIFICARÁ parcialmente el LITERAL A del NUMERAL TERCERO del fallo proferido en primera instancia, para en su lugar condenar por concepto de auxilio de cesantías la suma de **\$8.831.659**.

derecho a las vacaciones presenta dos modalidades: 1- Como regla general, el descanso remunerado durante quince días hábiles consecutivos (artículo 186, ord. 1°, Código Sustantivo del Trabajo), el cual solo puede ser satisfecho en vigencia de la relación laboral; y 2.- Como excepción, la compensación en dinero a manera de sustitución de dicho descanso, modalidad esta que se da en dos casos: a- Durante la vigencia del contrato, cuando con autorización de del Ministerio de Trabajo, se pueda pagar al trabajador hasta la mitad de las vacaciones, "en casos especiales de perjuicio para la economía nacional o la industria"; y

b- Finalizado el contrato cuando el trabajador no hubiere disfrutado del descanso, caso éste en el cual dicha compensación "procederá por año cumplido de servicio y proporcionalmente por fracción de año, siempre que esta exceda de seis (6) meses." (artículo 14 Decreto 2351 de 1965, subrogatorio del 189 del Código Sustantivo del Trabajo).

Ahora, de este último caso de compensación ha expresado la Corte que solo se hace exigible desde la fecha en que termina la relación contractual; mientras que el derecho al descanso se hace exigible dentro del año siguiente al de la prestación del servicio, según los términos del artículo 187 del Código Sustantivo del Trabajo.

De allí ha concluido y dicho de modo reiterativo esta Corporación que el cómputo del tiempo de la prescripción respecto de aquellas dos modalidades se inicia en momentos diferentes. Pues mientras la prescripción de las vacaciones como descanso se cuenta desde el día en que se cumple el año subsiguiente a aquel en que se causa el derecho a disfrutarlas, la de la compensación en dinero por término de sus vacaciones se cuenta desde la fecha en que esto último sucedió.

Luego si en el caso de autos el actor no disfrutó de sus vacaciones en tiempo y por efecto de la extinción del vínculo contractual adquirió el derecho a la compensación monetaria de aquellas, para determinar si este derecho prescribió o no ha debido iniciarse el cómputo respectivo desde la fecha de la terminación del contrato y no como lo hizo el Tribunal desde el año subsiguiente al de la causación de las vacaciones, por cuyo desatino declaró prescritas las causadas del 1° de marzo de 1979 al 28 de febrero de 1982."

³ Sentencia de instancia SL 792-2013 Rad. 34671 del 13 de noviembre de 2013 con ponencia Carlos Ernesto Molina Monsalve de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

- **PRIMA SERVICIOS CONVENCIONAL:** Con fundamento en el Art. 50 de la CCT, asciende a la suma de **\$2.132.185**, MODIFICÁNDOLO en este sentido.
- **VACACIONES:** Dispuestas en el Artículo 8º del Decreto 3135 de 1968 y 43 del Decreto 1848 de 1969 (sentencia CSJ Radicación No 44651 de 2015), se MODIFICARÁ parcialmente el literal D del numeral tercero del fallo proferido en instancia, en el sentido de ordenar a la entidad accionada por éste concepto la suma de **\$1.327.163,37**, suma que en todo caso deberá ser cancelada debidamente indexada al momento de su pago.
- **PRIMA DE NAVIDAD:** Siguiendo lineamientos de la CSJ sobre las normas aplicables (sentencia Rad No. 42546 de 2013), con arreglo a lo previsto en el artículo 11 del Decreto 3135 de 1968, modificado por el 1º del Decreto 3148 de 1968 y 51 del Decreto Reglamentario 1848 de 1969, una vez realizadas las operaciones aritméticas *procedería* al actor por concepto de prima de navidad de orden legal condena por este concepto la suma de **\$4.264.370**, no obstante, por conocerse éste punto en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor del ISS y en aras de no hacer mas gravosa su situación, se confirmará la suma de **\$3.248.179,50**; sin embargo, en razón a lo establecido en el parágrafo #1 del Art. 50 del Decreto 1848 de 1969, se MODIFICARÁ la condena impuesta por prima de navidad, para en su lugar condenar tan solo la diferencia entre la prima de navidad y la prima de servicio convencional, arrojando la suma de **\$1.921.916,13**.

INDEMNIZACIÓN MORATORIA

El Juzgador de primera instancia absolvió toda condena por concepto de indemnización moratoria. Inconforme con tal decisión, la parte demandante presentó recurso de apelación sobre éste punto de la decisión indicando que el estado de liquidación de una entidad no puede exonerarla de la indemnización moratoria, máxime si se tiene en cuenta la mala fe con la que actuó la entidad demandada.

Al respecto, es del caso traer a colación la sentencia con radicación 38742 STL 17159 del 11 de diciembre de 2014, en la que nuestro máximo Tribunal adoctrinó:

*En efecto, sobre dicho tópico, el criterio repetido y pacífico de esta Sala de la Corte ha sido que **no siempre que una sociedad se encuentre en estado de liquidación obligatoria, ese hecho automáticamente la exonera de la sanción moratoria** o que, por el contrario, las situaciones de iliquidez o de insolvencia y la intervención económica estatal, son circunstancias que impongan necesariamente la referida sanción, por cuanto siempre se debe examinar la situación particular, para efectos de establecer si el empleador incumplido ha actuado de buena fe, trayendo a colación, entre otras las sentencias CSJ SL, 5 Dic 2002, Rad 18919 CSJ SL, 31 May 2001, Rad. 15571 y CSJ SL, 5 Oct 2005, Rad. 25456. (...)*

Así las cosas, la Sala se aparta de la decisión de primera instancia, por cuanto resultaba necesario que la absolución de la sanción moratoria estuviera en consonancia y debidamente soportado en las pruebas allegadas al plenario y en los

preceptos aplicables al asunto, para así garantizar los derechos de los sujetos procesales, además de ofrecer solución a los planteamientos facticos y jurídicos, lo cual no hizo, toda vez que soportó su decisión, de forma exclusiva en lo analizado en otro asunto, el cual ni siquiera identificó, para con ello colegir, sin explicar las razones, la improcedencia de la indemnización deprecada.

En el caso bajo examen y frente a la procedencia de la indemnización moratoria en asuntos como el presente, este concepto comporta una sanción y como tal para su imposición debe tenerse en cuenta si la actuación de la convocada a juicio estuvo revestida o no de Buena Fe, es decir, no opera de forma automática e inexorable.

Conforme a lo analizado, se tiene que el ISS liquidado realizó con el actor contratación bajo la modalidad de prestación de servicios para que desempeñara labores que como se pudo analizar en precedencia no eran ajenas al personal de planta y al curso normal u ordinario de las actividades misionales de la entidad, y tal conducta no puede considerarse revestida de buena fe, no siendo suficiente para exonerarle de la sanción la creencia de que el vínculo que unía a las partes no era de carácter laboral sino administrativo, tal como lo ha señalado la H. CSJ en sentencias del 07 de febrero de 2012, radicación 39529 y del 23 de julio de 2014, radicación 43457.

En consecuencia la Sala aparta de la decisión del juez de primera instancia en cuanto no encontró procedente fulminar condena por concepto de indemnización moratoria, por lo que **REVOCARÁ PARCIALMENTE** el **NUMERAL SEXTO** de la sentencia proferida en primera instancia, para en su lugar **CONDENAR** a la entidad accionada por concepto de sanción moratoria prevista en el artículo 1º del Decreto 797 de 1949, la suma diaria de **\$72.182**.

Al respecto, la Sala debe precisar lo siguiente: la indemnización moratoria se causa a los 90 días como lo establece el artículo 1º del Decreto 797 de 1949 y que dichos 90 días deben tratarse de *días hábiles*, tal y como lo señaló nuestro máximo órgano de cierre en sentencia del 3 de agosto de 2010 con radicación No 39727, reiterado en sentencia SL 5544 – 2014.

Teniendo claro lo anterior, los 90 días de gracia de que trata el 1º del Decreto 797 de 1949 para que se efectúe el pago de los correspondientes salarios, prestaciones e indemnizaciones que se adeuden al trabajador, procederá desde el **22 de octubre de 2012**.

Ahora bien, es importante advertir que la liquidación del empleador, no genera *per se* la exoneración del pago de la sanción moratoria, porque, es claro que, pese a encontrarse en tal estado, puede incurrir en actos que respecto de ese debito resulten contrario a la buena fe; lo cierto es, que incontrovertiblemente la mala fe no se presume con posterioridad a la entrada en liquidación de una empresa, máxime cuando ya está liquidada y su concurrencia exige la prueba correspondiente, en armonía con el artículo 83 de la CP, razón por la cual procederá condena por concepto de indemnización moratoria hasta el **31 de marzo de 2015**, fecha en la cual se liquidó definitivamente el ISS.

Así las cosas, se condenará a la entidad accionada a pagar a favor del demandante la suma diaria de **\$72.182** por concepto de *sanción moratoria* de que trata el artículo 1º del Decreto 797 de 1949, teniendo en cuenta que se declaró que el actor devengó como último salario la suma de \$2.165.453, condena que procede a partir del **22 de octubre de 2012** hasta el **31 de marzo de 2015**.

COSTAS:

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR parcialmente **NUMERAL PRIMERO** de la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de DECLARAR que entre el señor FREDY ARBEY RUGE MARTÍNEZ y el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES hoy liquidado, desde el 7 de julio de 2008 al 14 de junio de 2012, devengando como último salario la suma de \$2.165.453.

SEGUNDO: MODIFICAR PARCIALMENTE el NUMERAL TERCERO de la sentencia proferida en primera instancia así:

- A) El literal A, por concepto de *auxilio de cesantías* la suma de **\$8.831.659**.
- B) El literal B, por concepto de *prima de servicios convencional* la suma de **\$\$2.132.185**.
- C) El literal D, por concepto de *vacaciones* **\$1.327.163,37**, suma que en todo caso deberá ser cancelada debidamente indexada al momento de su pago.
- D) El literal C, por concepto de *prima de navidad* **\$1.921.916,13**.

TERCERO: REVOCAR PARCIALMENTE el **NUMERAL SEXTO** de la sentencia proferida en primera instancia, para en su lugar CONDENAR a la entidad accionada por concepto de *sanción moratoria* prevista en el artículo 1º del Decreto 797 de 1949, la suma diaria de **\$72.182**, teniendo en cuenta que se declaró que el actor devengó como último salario la suma de \$2.165.453, condena que procede a partir del **22 de octubre de 2012** hasta el **31 de marzo de 2015**.

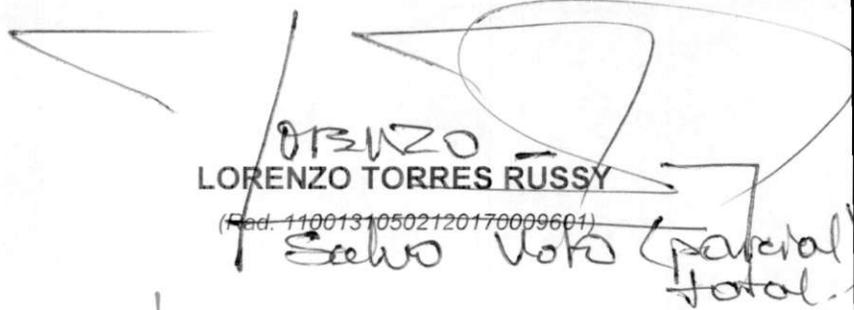
CUARTO: CONFIRMAR en lo demás de la sentencia proferida en primera instancia.

QUINTO: Sin costas en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Ponente
(Rad. 11001310502120170009601)



LORENZO TORRES RUSSEY
(Rad. 11001310502120170009601)
Señalo voto (general)
total.



RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA
(Rad. 11001310502120170009601)
Aclaración de voto
manera



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda Laboral

SALVAMENTO DE VOTO

Proceso 2017-00096-01

FREDY ARBEY RUGE VS ISS EN LIQUIDACION .

Respetuosamente salvo voto, por las razones que expongo a continuación:

Considero que la prestación personal del servicio es propia tanto del contrato laboral como del contrato de prestación de servicios previsto en la Ley 80 de 1993, por lo que no puede activarse la presunción existiendo de por medio un vinculo de diferente naturaleza al invocado. En gracia de la discusión no procedería la indemnización moratoria, por el legítimo ejercicio de la demandada ISS en liquidación de utilizar una figura contractual prevista en la Ley y de la cual no se puede predicar un uso ilegítimo, sin involucrar tanto a uno como a otro contratante, sobre todo cuando quien demanda tiene la condición de abogado.

Adicionalmente se advierte que el sujeto procesal demandado es el ISS en liquidación y resulta condenada una persona jurídica diferente, que solo tiene la representación legal temporal del PAR-ISS, lo que resulta equivocado porque no pueden sustituirse los

sujetos procesales con la evidencia además de que es
PIDUAGRARIA S.A. es simplemente vocera.



~~LORENZO~~
~~LORENZO TORRES RUSSY~~
~~MAGISTRADO~~



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL**

**MARCELIANO CHAVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 28-2017-00496-01

Bogotá D.C., veintiuno (21) de agosto de dos mil veinte (2020)

DEMANDANTE: JAIME BAUTISTA GONZALEZ
DEMANDADO: UPS ALFATEC SOPORTE Y TECNOLOGIA SA
ASUNTO : APELACION (DEMANDANTE)

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 28° Laboral del Circuito de Bogotá el día 19 de noviembre de 2019, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

Los apoderados de la parte demandante (folios 141 a 146), así como de la demandada (fls. 14) presentó alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 7 de julio de 2020, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El señor **JAIME BAUTISTA GONZALEZ** instauró demanda ordinaria laboral contra de la **UPS ALFATEC SOPORTE Y TECNOLOGIA SA** con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos (fl. 5):

- 1) Declarar que entre las partes existió una relación laboral.
- 2) Que el contrato de trabajo fue bajo la modalidad verbal indefinido.
- 3) Condenar las siguientes sumas de dinero:
 - a. Indemnización por despido sin justa causa.
 - b. Indemnización por no consignación de cesantías del año 2013.
 - c. Indemnización por no consignación de cesantías del año 2014.
 - d. Indemnización por no consignación de cesantías del año 2015.
- 4) La indexación sobre las sumas de dinero ya enunciadas en los numerales anteriores.
- 5) Costas procesales.

UPS ALFATEC SOPORTE Y TECNOLOGIA SA contestó la demanda, visible a fls. 71 a 81, de acuerdo al auto a folio 102. Se opuso a las pretensiones del demandante y propuso excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 28° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 19 de noviembre de 2019. **ABSOLVIÓ** a la demandada **UPS ALFATEC SOPORTE Y TECNOLOGIA SA** de todas las pretensiones de la demanda. **DECLARÓ PROBADAS** la excepciones propuestas por la demandada, denominadas inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido. **COSTAS** a cargo de la parte demandante, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$200.000.

RECURSO DE APELACION

La **parte demandante** presentó recurso de apelación en los siguientes puntos de decisión:

1. **EXISTENCIA CONTRATO A TERMINO INDEFINIDO:** Señala que si bien el Juzgado de instancia indicó que de conformidad con los artículos 46 y 47 exige la formalidad de constar por escrito con el contrato a término fijo, y que al demandante le pasaron el preaviso en muchas oportunidades, lo cierto es que no todas las veces le pasaron por escrito para la firma algún documento, en donde existe un vacío en el que no se puede determinar si hay un contrato a término fijo o uno a término indefinido, existiendo una irregularidad y es que desde el 30 de enero de 2008 al 31 de diciembre de 2014, no existió ningún formato de contrato a término fijo. Manifiesta que de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, la modalidad de contrato puede ser cambiado, siempre que se cuente con el consentimiento expreso del trabajador, y dicho documento que contenga el consentimiento expreso del trabajador no obra dentro del plenario, por lo que debe concluirse que existió un contrato a término indefinido desde el 2008 al 31 de diciembre de 2014, y posteriormente, contratos a término fijo desde enero a diciembre de 2015 y 2016, desmejorándole las condiciones al trabajador, obrando de mala fe la empresa, haciendo uso de contratos para poder sacarlo de la empresa, de acuerdo al interrogatorio de parte del representante legal de la demandada, quien indicó que la empresa se encontraba en una mala situación económica y que por esa razón debían prescindir de sus trabajadores.

Con miras a la definición del recurso de apelación, la Corporación solo tendrá en cuenta y se ocupará de los aspectos de la sentencia que para el recurrente le mereció reproche, de conformidad con el principio de *consonancia* establecido en el artículo 66A del CPL y de la S.S., y las siguientes

CONSIDERACIONES

DE ORDEN FACTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** La modalidad de la vinculación laboral que ató a las partes fue a través de un contrato a término fijo, o si por el contrario, como lo afirma el recurrente, lo fue a través de un contrato a término indefinido, **2.** Y en caso afirmativo, si proceden las pretensiones condenatorias incoadas en el libelo introductorio.

EXISTENCIA DE LA RELACIÓN LABORAL Y EXTREMOS DEL CONTRATO:

No es objeto de controversia la existencia de la relación laboral que ató a las partes, encontrándose plenamente establecido que el demandante laboró al servicio de la empresa demandada, desempeñando como último cargo el de "Conductor" y "Auxiliar de Bodega", hechos que fueron ampliamente aceptados por la demandada en el escrito de la contestación, así como en el interrogatorio de parte que absolvió el representante legal de la sociedad demandada.

No obstante lo anterior, de conformidad con el recurso de apelación presentado por la parte demandada, existe inconformidad en relación de la modalidad y tipo de vinculación que existió con el demandante.

En ese orden, el artículo 46 del CST señala que los contratos a término fijo están sujetos a una formalidad, consistente en que deben constar siempre por escrito, y su duración no puede ser superior a 3 años, pero es renovable indefinidamente. Por su parte, el artículo 47 *ibídem*, establece que el contrato que no estipule duración, por no estar determinada la obra o naturaleza de la labor contratada, o se refiera a un trabajo ocasional o transitorio, corresponderá a un contrato a término indefinido.

Así pues, se recepcionó el **interrogatorio de parte** del representante legal de la sociedad demandada, quien acepto en primer lugar la vinculación del actor desde el 30 de enero de 2008, sin embargo precisó que dicha vinculación se hizo a través de varios contratos a término fijo, los cuales eran liquidados a la finalización de cada uno de ellos. Afirmó igualmente que dada la recesión económica que atravesaba la empresa, el vínculo laboral con el demandante tuvo que ser terminado, por lo que se realizó el preaviso con 30 días de antelación, informándole l ano renovación de su contrato de trabajo.

Por su parte, el demandante JAIME BAUTISTA GONZALEZ, en **interrogatorio de parte** señaló que a la terminación de cada contrato laboral, la empresa le liquidaba, sin embargo, que el pago no era inmediato, afirmó que no siempre se entregaba el preaviso de terminación de los contratos, y que en todas las liquidaciones se le pagó las cesantías.

De la prueba documental que reposa en el expediente, reposa respuesta a derecho de petición (fl. 10 y 11), desprendibles de nóminas (fls. 12 a 18 y 36 a 48), copias de planillas simple (fls. 19 a 22 y 49 a 52), citación a conciliación laboral (fl. 23), constancia de comparecencia (fl. 24 a 25 y 54 a 55), contrato individual de trabajo a término fijo de uno a tres años del 1º de enero al 31 de diciembre de 2015 (fl. 87), del 1 de enero al 31 de diciembre de 2016 (fl. 82), preaviso de fecha 30 de noviembre de 2016 (fl. 83), liquidación de contrato de trabajo a término fijo de duración de un año desde el 1 de enero al 31 de diciembre de 2016 (fl. 85), liquidación del contrato con vigencia en el año 2015 (fl. 87), liquidación del contrato con vigencia en el año 2014 (fl. 88), liquidación del contrato con vigencia en el año 2013 (fl. 90), liquidación del contrato con vigencia en el año 2011 (fl. 92), liquidación del contrato con vigencia en el año 2009 (fl. 95), preaviso – contrato a término fijo suscrito por el demandante para el año 2012 (fl. 91), preaviso – contrato a término fijo suscrito por el demandante para el año 2010 (fl. 93).

De acuerdo a lo anterior, ha de resaltar que si bien no reposa copia de los contratos de trabajo a término fijo desde el 2008 a 2012, lo cierto es que ese hecho fue aceptado por el mismo demandante en su interrogatorio de parte, cuando señaló que en cada anualidad le liquidaron el contrato, a pesar de que el mismo era cancelado tardíamente, situación que se colige de los preaviso y liquidación de los contratos para esas anualidades antes citados, en la que se relaciona que se trata de contratos a término fijo, indicando la anualidad por la cual se liquidaba.

Así las cosas, para la Sala no existe duda la modalidad de vinculación que ató a las partes, la cual fue mediante varios contratos de trabajo a término fijo por un año, iniciando el primero de ellos a partir del 31 de enero de 2008 con vigencia hasta el 31 de diciembre de 2008, situación que se acredita de la certificación obrante a folio 94 del plenario, que cuenta con la firma de recibido del actor, sin que exista otro medio de convicción que permita establecer la afirmación del recurrente, por el contrario, se encuentra plenamente acreditado los múltiples contratos a término fijo suscritos entre las partes, sin que existiera variación en la modalidad de contratación al actor, como lo afirma el recurrente, concluyendo entonces que existieron diferentes contratos de trabajo a término fijo de duración de un año, iniciando todas de ellas los primeros de enero al 31 de diciembre de cada anualidad, comenzado a partir del 1 de enero de 2008 y el último finalizando el 31 de diciembre de 2016, despachando desfavorablemente los argumentos expuestos por el recurrente.

Bajo las anteriores consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la sentencia absolutoria de primera instancia.

COSTAS.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISION LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 19 de noviembre de 2019 por el Juzgado 28° Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: Sin costas en la instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Ponente
(Rad. 11001310502820170049601)



LORENZO TORRES RUSSY
(Rad. 11001310502820170049601)



RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA
(Rad. 11001310502820170049601)



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Salvo Segunda Laboral

SALVAMENTO DE VOTO

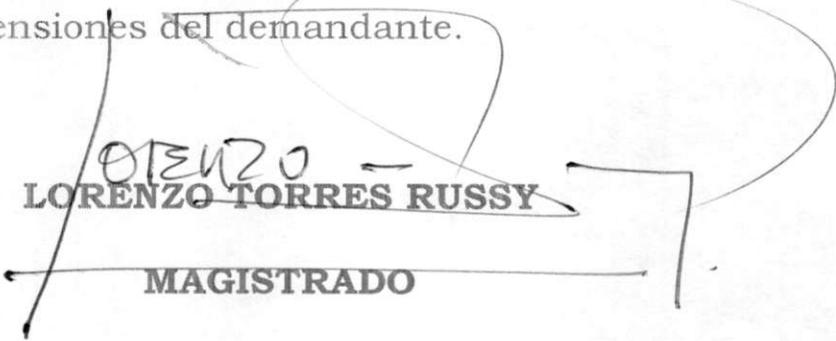
Proceso 2017-00496-01

JAIME BAUTISTA GONZALEZ VS UPS ALFATEC SOPORTE
Y TECNOLOGIA.

Respetuosamente salvo voto, por las razones que expongo a continuación:

La modalidad del contrato, en este caso a término fijo, no altera la naturaleza jurídica de la cesantía, que debe liquidarse a 31 de diciembre y trasladarse al fondo respectivo antes del 15 de febrero del año siguiente, para que se cumpla su objetivo y es que el trabajador solvente sus necesidades, a partir del momento de su desvinculación laboral.

Considero entonces que bajo la premisa anterior se debieron analizar las pretensiones del demandante.


LORENZO TORRES RUSSY

MAGISTRADO



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

MARCELIANO CHAVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 05-2016-0494-01

Bogotá D.C., veintiuno (21) de agosto de dos mil veinte (2020)

DEMANDANTE: **BLANCA BEATRIZ BERNAL ARANA**
DEMANDADO: **MARIA TERESA MONTOYA DE GROOT**
ASUNTO : **APELACIÓN (DEMANDADA)**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 5° Laboral del Circuito de Bogotá el día 05 de diciembre de 2019, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

Las partes no presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 7 de julio de 2020, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

La señora **BLANCA BEATRIZ BERNAL ARANA** instauró demanda ordinaria laboral contra de **MARIA TERESA MONTOYA DE GROOT** con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos (fl. 3 y 4):

- 1) Declarar que entre las partes, existió un contrato de trabajo sin solución de continuidad, en el desempeño de las labores domésticas desde el 1° de junio de 2009 hasta el 30 de diciembre de 2015.
- 2) Que como consecuencia de lo anterior, condenar a la demandada a pagar a favor de la actora los siguientes conceptos:
 - a. Auxilio de cesantías.
 - b. Intereses a las cesantías.
 - c. Vacaciones.
 - d. Indemnización por despido.
 - e. Sanción por la no consignación de las cesantías a un fondo.
 - f. Indemnización moratoria.
- 3) Costas procesales.

La sociedad demandada contestó la demanda (fls. 19 a 26) de acuerdo al auto visible a folio 39. Se opuso a las pretensiones del demandante, proponiendo excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 05° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 05 de diciembre de 2019. **CONDENÓ** a la señora María Teresa Montoya a pagar a la señora Blanca Beatriz Bernal las sumas por los siguientes conceptos:

1. La suma de \$766.270 pesos por auxilio de cesantías
2. \$47.892 pesos por interés sobre la cesantía
3. \$341.632 pesos por compensación a las vacaciones
4. \$10.376.632 pesos por concepto de sanción moratoria por no consignación a las cesantías al respectivo fondo.
5. \$23.616.000 por concepto de la indemnización moratorio del que trata el artículo 65 del código sustantivo del trabajo entre el 31 de diciembre de 2015 al 31 de diciembre de 2017, partir del 01 de enero de 2018 la demandada deberá cancelar interés moratorias a la tasa máxima que certifique la Super bancaria y sobre un capital de 814.162 pesos hasta que se verifique el pago de dicho capital.

COSTAS a cargo de la demandada, inclúyanse como agencias en derecho la suma de 1.500.000 pesos. **DECLARÓ PROBADA PARCIALMENTE LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN** con anterioridad al 30 de diciembre de 2012 respecto de intereses sobre cesantías y vacaciones y se declara probada la excepción de inexistencia de la obligación respecto de la indemnización por despido injusto pretensión de la cual se **ABSOLVIÓ** a la demandada.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandada** presentó recurso de apelación:

1. **LIQUIDACION ACREENCIAS LABORALES:** Señala que el juzgado liquidó las mismas con base en 360 días y un salario base de \$984.000, sin embargo, señala que la demandante no trabajó todos los días del año, ni todas las semanas como lo interpretó el Juez de instancia.
2. **VACACIONES:** Indica que en interrogatorio de parte, la misma demandante señaló que creía que le habían pagado las vacaciones del año 2014, no señaló que las que le habían sido pagadas eran del año 2015, como lo indicó el Juez de instancia, por lo que solicita se verifique la condena impuesta por concepto de vacaciones.
3. **SANCIÓN POR NO CONSIGNACIÓN DE CESANTÍAS:** Si bien el juzgado indicó que no procedía la consignación en los fondos anuales el valor de las cesantías, lo cierto es que se indicó que al liquidarle anualmente las prestaciones sociales a la demandante, no se generaba la obligación de consignar al fondo las cesantías.

- 4. INDEMNIZACIÓN MORATORIA:** Indica que si bien la sanción moratoria no opera automática, la H. Corte Suprema de Justicia ha planteado que la mala fe se refleja en la falta de sinceridad, malicia, engaño, con la intención de obrar en beneficio propio y en perjuicio del interés ajeno, y es por eso que ésta indemnización no debió haber prosperado, toda vez que la demandada obró con convicción de no estar perjudicando a la actora, y no usurpar la Ley e incumplir lo pactado por las partes, pues la mala fe no puede entenderse únicamente por no haber consignado de las cesantías en el fondo que estuviera afiliada la demandante, y por el solo hecho de no existir prueba alguna que acredite la consignación anual de la liquidación que ésta le hubiere hecho a la demandante año a año, no quiere decir que no se hubiere hecho.

Con miras a la definición del recurso de apelación, la Corporación solo tendrá en cuenta y se ocupará de los aspectos de la sentencia que para el recurrente le mereció reproche, de conformidad con el principio de *consonancia* establecido en el artículo 66A del CPL y de la S.S., y las siguientes

CONSIDERACIONES

DE ORDEN FACTICO Y JURÍDICO:

La controversia del presente proceso se centra en determinar: **1.** Si le asiste derecho a la señora BLANCA BEATRIZ BERNAL ARANDA que se liquide sus acreencias laborales con fundamento en 360 días al año, **2.** Compensación en dinero por vacaciones, **3.** Sanción por no consignación de cesantías, y **4.** Al pago de la indemnización por despido sin justa causa.

DE LA EXISTENCIA DE LA RELACIÓN LABORAL:

No es objeto de controversia la existencia de la relación laboral que ató a las partes y sus extremos, encontrándose plenamente establecido que la señora BLANCA BEATRIZ BERNAL ARANDA laboró al servicio de la señora MARIA TERESA MONTOYA DE GROOT, en ejecución de un contrato a término indefinido, a partir del **1 de junio de 2009** hasta el **30 de diciembre de 2015**, laborando por días para la demandada en aseo doméstico, devengando \$35.000 por cada día laborado en el año 2015 y un salario mínimo legal mensual vigente para los periodos comprendidos entre 2009 a 2014, conforme lo admitió la demandada en su contestación, y los cuales no fue objeto expreso de apelación.

DIAS DE LA LIQUIDACION DE ACREENCIAS LABORALES:

Señala el recurrente que el juzgado liquidó las acreencias laborales con base en 360 días y un salario base de \$984.000, sin embargo, señala está acreditado que la demandante no trabajó todos los días del año, ni todas las semanas como lo interpretó el Juez de instancia.

No obstante lo anterior, la sala se aparta del argumento expuesto por el recurrente, como quiera que para liquidar los derechos laborales de la demandante, se tuvo en

cuenta, de conformidad con lo manifestado por la misma demandada en su interrogatorio de parte; un promedio de 8 días laborados al mes, a partir del 1 de junio de 2009 al 31 de octubre de 2012, conforme lo indicó el Juez de instancia.

Por otro lado, igualmente de conformidad con el interrogatorio de parte de la demandada, a partir del 1º de noviembre de 2012, la señora Beatriz Bernal Aranda, comenzó a trabajar de lunes a viernes, situación que se puede colegir igualmente con la documental visible a folio 2 del expediente, con el que se logra acreditar que se canceló todo el año laborado 2015, por lo que se liquidó a partir del 1º de noviembre la totalidad de la anualidad, sin que por tanto se haya liquidado con anterioridad al año 2012 la totalidad del año, pues como se indicó se promedió los días efectivamente laborados, conforme lo confesó la misma demandada en su interrogatorio de parte.

VACACIONES:

El juez de instancia señaló que las vacaciones estarían afectadas con el fenómeno de prescripción con anterioridad al 30 de diciembre de 2012, lo cual no fue objeto expreso de apelación, por lo que la Sala entra a realizar el cálculo correspondiente a efectos de determinar si se encuentra ajustado a derecho.

Así las cosas, se tiene que para los años 2012 a 2014 se tendrá en cuenta el SMLMV, conforme se indicó anteriormente, advirtiendo que para éste periodo liquidado, la demandante ya laborada de lunes a viernes a favor de la demandada.

Así pues, al realizar las operaciones de rigor, se tiene que por concepto de vacaciones liquidado desde el 30 de diciembre de 2012 al 31 de diciembre de 2014, como quiera que el año 2015 fue cancelado, conforme la documental visible a folio 2, arroja una suma por \$604.324,16, sin embargo, por ser la demandada único apelante y en aras de no hacer más gravosa su situación, se confirmará el numeral 3 del numeral primero de la sentencia proferida en primera instancia.

SANCION POR NO CONSIGNACIÓN DE CESANTÍAS:

Solicita revocar ésta condena, como quiera que al liquidarle anualmente las prestaciones sociales a la demandante, no se generaba la obligación de consignar al fondo las cesantías.

Así pues, para la Sala no son de recibo los argumentos expuestos por la recurrente, como quiera que, si bien la sanción prevista el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 cobija a los trabajadores del sector privado, también lo es que, estamos en presencia de un único vínculo laboral a término indefinido, en el que la demandada estaba en la obligación de consignar las cesantías anualmente al fondo en el que estuviera afiliada la demandante, y no cancelárselas directamente a la actora como el recurrente pretende eximirse de esta condena, pues valga la pena resaltar no estamos en presencia de un contrato de trabajo a término fijo a un año, en el que si procede la liquidación anual y en consecuencia la entrega del auxilio de cesantías directamente a la ex trabajadora, y en gracia de discusión, tampoco reposa prueba que acredite que se le canceló anualmente a la demandante el auxilio de las

cesantías, por tal razón, y contrario a lo afirmado por el recurrente, es procedente su imposición, tal y como lo estableció el Juez de instancia, máxime si se tiene en cuenta que, si bien ésta indemnización no opera de manera automática, el Juez debe hacer una valoración de las pruebas, con las que acrediten las circunstancias por la cual no se realizó el pago, y se llegue al convencimiento de exonerar esa indemnización, que sean los motivos suficientes para que se entienda porque la demandada no pagó las prestaciones sociales a favor de la demandante del año 2009 a 2014.

En ese orden, no obra dentro del plenario ningún medio probatorio que acredite algún indicativo de buena fe por parte de la demandada, pues la sola argumentación o creencia de pagarle un poco más del mínimo cubría toda acreencia, no la exonera del pago de la sanción por no consignación de cesantías.

INDEMNIZACIÓN MORATORIA:

Finalmente, la recurrente indica que, si bien la sanción moratoria no opera de manera automática, la H. Corte Suprema de Justicia ha planteado que la mala fe se refleja en la falta de sinceridad, malicia y engaño en el obrar en beneficio propio y en perjuicio del interés ajeno, y es por eso que considera que, ésta indemnización no debió haber prosperado, toda vez que la demandada obró con convicción de no estar perjudicando a la actora, y no usurpar la Ley e incumplir lo pactado por las partes, pues la mala fe no puede inferirse únicamente por no haber consignado las cesantías en el fondo que estuviera afiliada la demandante.

Así pues, la sanción prevista en el artículo 65 del CST, procede si el empleador demandado no aporta razones satisfactorias y justificativas de su conducta. En esa dirección, debe examinarse el comportamiento asumido por el empleador incumplido, en el contexto de la relación de trabajo y a la luz de las pruebas allegadas al expediente, *"en aras de establecer si los argumentos esgrimidos por la defensa son razonables y aceptables"* (CSJ SL12547-2017).

Así las cosas, al igual que la sanción por no consignación de cesantías, la creencia de la demandada de pagarle un poco más cubrir diferentes conceptos por acreencias laborales, no puede ser fundamento que exime ésta condena, reiterando que no existe prueba alguna que acredite la buena fe de la demandada, pues si bien no hay duda que canceló las acreencias del año 2015, lo cierto es que, para los años anteriores que fueron laborados por la actora no fueron cancelados o por lo menos no obra prueba dentro del plenario que acredite que efectivamente fueron cancelados a la demandante, razón por la cual se concluye que se encuentra debidamente acreditada la mala fe de la demandada, por lo que procede su imposición, relevándose del estudio de las sumas impuestas en cada indemnización, como quiera que no fue objeto expreso de apelación.

Con fundamento en las anteriores consideraciones, se **CONFIRMARÁ** en su integridad la sentencia apelada.

COSTAS:

Sin **costas** en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISION LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 05 de diciembre de 2019 por el Juzgado 5º Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: Sin **COSTAS** en esta instancia.

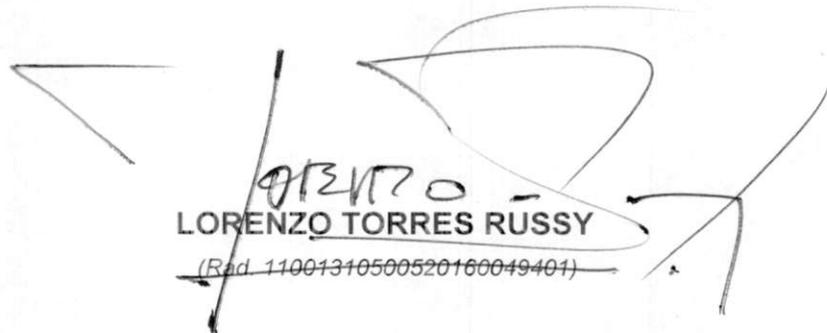
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

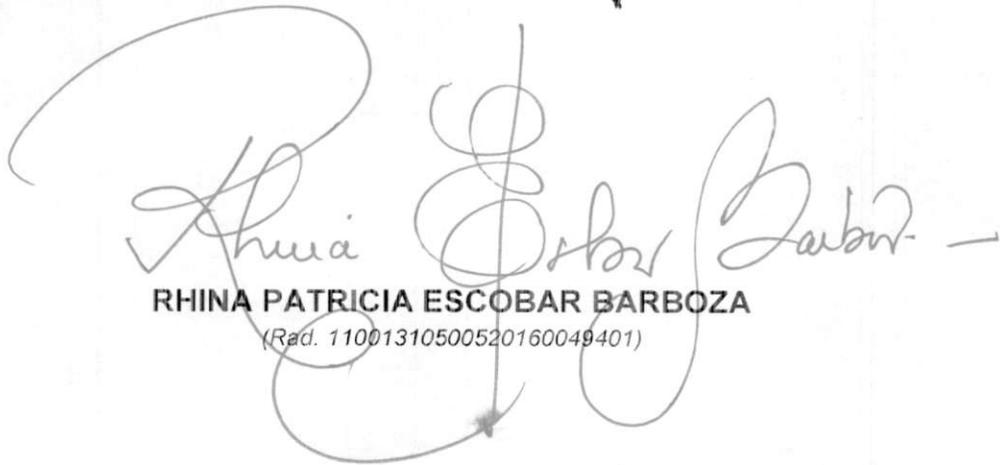
Ponente

(Rad. 11001310500520160049401)



LORENZO TORRES RUSSY

(Rad. 11001310500520160049401)



RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

(Rad. 11001310500520160049401)



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 27-2018-00461-01

Bogotá D.C., veintiuno (21) de agosto de dos mil veinte (2020)

DEMANDANTE: **ALBA CECILIA GOMEZ AMAYA**
DEMANDADOS: **COLPENSIONES
PORVENIR SA**
ASUNTO : **APELACION (Demandante)**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 27° Laboral del Circuito de Bogotá el día 05 de febrero de 2020, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

Los apoderados de la parte demandante (folios 175 a 180), así como de Colpensiones (folio 200 a 205) y Porvenir SA (fls. 223 a 227) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 7 de julio de 2020, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

La señora **ALBA CECILIA GOMEZ AMAYA** instauró demanda ordinaria laboral contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y PORVENIR PENSIONES Y CESANTÍAS** con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos (fl. 5 y 6).

- 1) Declarar que la demandante tiene derecho al traslado al régimen de prima media con prestación definida administrada por Colpensiones.
- 2) Como consecuencia de la anterior declaración, condenar a Porvenir SA y a Colpensiones al traslado de la actora al régimen de prima media con prestación definida administrada por Colpensiones.
- 3) Condenar a Porvenir SA a que una vez la demandante sea trasladada a Colpensiones, traspase a ésta última administradora, la totalidad del ahorro

efectuado por la demandante en el régimen de ahorro individual con solidaridad.

4) Costas procesales.

COLPENSIONES (fls. 82 a 91) contestó la demanda de acuerdo al auto visible a folio 114. Se opuso a las pretensiones de la demandante y propuso excepciones de mérito.

PORVENIR SA (fls. 122 a 130) contestó la demanda de acuerdo al auto visible a folio 146. Se opuso a las pretensiones de la demandante y propuso excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 27° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 05 de febrero de 2020. **ORDENÓ** el traslado de la señora Alba Cecilia Gómez Amaya del régimen de ahorro individual con solidaridad, al régimen de prima media con prestación definida y en consecuencia **CONDENÓ** a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías **PORVENIR SA** a devolver a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora Alba Cecilia Gómez Amaya desde el 12 de junio del 2004 hasta la fecha en que quede ejecutoriada la presente sentencia. **ORDENÓ** a Colpensiones a afiliarse nuevamente a la demandante al régimen de prima media con prestación definida y recibir las cotizaciones provenientes de **PORVENIR SA**. **DECLARÓ NO PROBADAS** las excepciones de prescripción e inexistencia de la obligación, formuladas por Colpensiones. **COSTAS** a cargo de Colpensiones, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$1.200.000.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demanda (Colpensiones)** presentó recurso de apelación en contra de la decisión proferida en primera instancia.

1. **COSTAS PROCESALES:** Solicita se revoquen las costas a su cargo, como quiera que todas las actuaciones de Colpensiones, o en su momento el ISS, estaban atadas directamente a los reportes que realizaba Porvenir SA, es por ello que la decisión tomada en ese entonces por el ISS en el 2004, estuvo basada en elementos dados por Porvenir dentro del estudio del traslado de régimen.

La **parte demandada (Porvenir SA)** presentó recurso de apelación en contra de la decisión proferida en primera instancia.

1. **TRASLADO DE REGIMEN:** Señala que dentro del proceso administrativo no se evidenció que la demandante haya adelantado la solicitud de traslado, previo a estar dentro de la restricción de que trata el artículo 13 literal e) de

la Ley 100 de 1993, en atención a ello, considera que no existe conducta omisiva por parte de Porvenir SA, y en ese caso no es dable realizar el traslado pretendido.

No obstante la interposición de los recursos de apelación, en atención a que la sentencia fue adversa a COLPENSIONES, la Sala también avocará su conocimiento en el *grado jurisdiccional de Consulta* de conformidad con lo preceptuado en el artículo 69 del CPTSS.

CONSIDERACIONES:

DE ORDEN FÁCTICO Y JURIDICO:

La controversia del presente proceso se centra en determinar: **1.** Sí la señora **ALBA CECILIA GOMEZ AMAYA** tiene o no derecho al traslado del Régimen de Ahorro Individual administrado por Porvenir SA al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones

Análisis del traslado de régimen pensional:

Para resolver la controversia, el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, establece que los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada 5 años contados a partir de la selección inicial, y que a partir del 29 de enero de 2004, no podrán trasladarse de régimen las personas a quienes les falten 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que la señora Alba Cecilia Gómez Amaya proveniente del régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones solicitó trasladarse a la AFP PORVENIR SA el 25 de noviembre de 1998 efectivo a partir del 01 de enero de 1999 (fl. 132). Tales asertos dimanar no sólo de las réplicas sino además de las documentales arrojadas al proceso.

Así pues, revisada las pruebas documentales allegadas al plenario, obra historia laboral expedida por COLPENSIONES en la que se indica que la demandante se afilió el día 30 de marzo de 1981, iniciando sus cotizaciones a partir de esa misma data con el empleador BANCO DE BOGOTÁ hasta el 31 de diciembre de 1998 (fls. 93 y ss.)

Así mismo, obra relación de aportes expedida por PORVENIR SA, en la que da cuenta que la demandante se encuentra actualmente vinculada a dicho fondo de pensiones, y reporta cotizaciones a partir de febrero de 1999 y su última cotización en dicho reporte data del ciclo junio de 2019 (fls. 134 a 136)

Ahora bien, la actora solicita autorización de traslado al Seguro Social ISS (fl. 42), siendo contestada por Porvenir SA mediante Oficio No 2734 (fl. 43 y 49), en el cual

le indican: “*al realizar la consulta en nuestros sistemas de información, de los vínculos laborales registrados en la historia laboral oficial y actualizados por el Instituto de Seguros Social, se evidencia que no cumple con 750 semanas cotizadas al 1º de abril de 1994*”. Posteriormente, mediante comunicación del 25 de julio de 2014, Colpensiones le informa a la demandante que la solicitud de autorización de traslado de régimen no ha sido aceptada, teniendo en cuenta que no cuenta con 15 años o más de servicios cotizados al momento de entrar en vigencia el Sistema de Seguridad Social en Pensiones (01/04/1994), requeridos para efectuar el traslado por sentencia unificada 062 de 2010 (fl. 47).

En este orden de ideas, y siguiendo el precedente jurisprudencial previamente analizado, se establece que la señora **ALBA CECILIA GOMEZ AMAYA** al momento de solicitar por primera vez el traslado de régimen, esto es, el 12 de julio de 2004 (fl. 39), contaba con más de 5 años de afiliación a AFP PORVENIR S.A., razón por la cual en principio procedería la solicitud de traslado de régimen de ahorro individual al régimen de prima media.

Ahora bien, sea del caso destacar que para la fecha en que la demandante solicitó por primera vez la autorización del traslado de régimen (12 de julio de 2004 – fl. 39), la edad exigida para pensionarse era de 55 años de edad, razón por la cual, para ésta misma data, la demandante debía tener menos de 45 años de edad, es decir, que le faltara un tiempo mayor de 10 años para cumplir la edad, sin embargo, y contrario a lo afirmado por el Juez de instancia, para el 12 de julio de 2004, fecha de solicitud del traslado de régimen, la demandante ya había cumplido 55 años de edad, toda vez que nació el 23 de junio de 1959 (fl. 30), lo que quiere decir que había entrado en la recta de los 10 años antes de pensionarse el 23 de junio de 2004, por lo que debió presentar la solicitud de traslado con anterioridad al 23 de junio de 2004, reiterando que la misma fue presentada el 12 de julio de 2004, razón por la cual al estar inmersa dentro de los 10 años anteriores al cumplimiento de la edad, deberá acreditar las exigencias que establece la sentencia C-1024 de 2010, esto es, que para quienes les faltare menos de 10 años para cumplir la edad, acreditar que cotizó 750 semanas a la entrada en vigencia del Sistema General de Seguridad Social.

En ese sentido, se aclara que la prohibición del traslado para quienes tuvieran menos de 10 años para cumplir la edad para pensionarse fue declarada exequible por la Corte Constitucional mediante la Sentencia C-1024 de 2010, bajo el entendido que las personas que son beneficiarias del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 pueden regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida **en cualquier tiempo**, si cumplen las condiciones señaladas en la sentencia C-789 de 2002; sentencia ésta que a su vez señaló la posibilidad de conservar el régimen de transición para quienes hubieran prestado servicios o cotizados más de 15 años a la fecha de entrada en vigencia del nuevo régimen de pensiones.

En dicha providencia la Corte Constitucional declaró EXEQUIBLES los incisos 4º y 5º, del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, bajo el entendido de que las personas que hubieran cotizado durante 15 años o más al entrar en vigencia el sistema de pensiones, y se encuentren en el régimen de prima media con prestación definida,

tendrán derecho a que se les apliquen las condiciones de tiempo de servicios, edad y monto de la pensión, consagradas en el régimen anterior.

Ahora bien, la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha mantenido una línea jurisprudencial uniforme en cuanto a que los beneficiarios del régimen de transición que se trasladaron al régimen de ahorro individual con solidaridad y deciden regresar posteriormente al de ahorro individual con solidaridad, recuperan los beneficios de dicho régimen siempre que a la entrada en vigencia del nuevo sistema general de pensiones tengan 15 o más años de servicios cotizados, sin que sea exigible el requisito de equivalencia de aportes, porque ha considerado que se trata de condicionamientos no contemplados por la ley.

En ese orden de ideas, al computar los tiempos de servicios cotizados al ISS a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (01 de abril de 1994), se acredita que la demandante laboró para el BANCO DE BOGOTA desde el 30 de marzo de 1981, aportado por el Sistema de Seguridad Social en Pensiones un tiempo de **678,28** semanas al 01 de abril de 1994, tal como se detalla en el reporte visible a folios 93 del expediente, equivalente a 13 años de servicio, no alcanzando a cumplir la exigencia de 15 años de servicios para poder trasladarse en cualquier tiempo al régimen de prima media con prestación definida.

Bajo las anteriores consideraciones, se **REVOCARÁ** la sentencia proferida en primera instancia, para en su lugar, **ABSOLVER** a las demandadas de las súplicas incoadas en su contra.

COSTAS EN PRIMERA INSTANCIA:

Dadas las resultas del proceso, la Sala se releva del estudio del recurso de apelación presentado por Colpensiones, en relación a las costas impuestas en primera instancia.

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

Sin costas en esta instancia. Las de primera a cargo de la parte demandante.

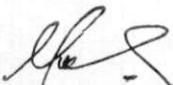
En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISION LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: **REVOCAR** la sentencia proferida en primera instancia, para en su lugar, **ABSOLVER** a las demandadas de las súplicas incoadas en su contra.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia. Las de primera a cargo de la parte demandante.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.


MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Ponente
(Rad. 11001310502720180046101)


LORENZO TORRES RUSSY
(Rad. 11001310502720180046101)
Aclaración de voto


RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA
(Rad. 11001310502720180046101)

salvo voto de
J. de Benir



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Salta Segunda Laboral

ACLARACION DE VOTO

Proceso 2018-00461-01

ALBA CECILIA GOMEZ AMAYA VS COLPENSIONES Y OTRA.

Respetuosamente aclaro la decisión, para agregar a las razones expuestas, las siguientes:

Para juzgar la ineficacia del traslado de regimen pensional, en virtud de la autonomia de la seguridad social y del principio de integración, hay que recurrir a las normas contenidas en la Ley 100 y sus decretos reglamentarios, que regulan tanto la figura de la ineficacia del trasalado en el artículo 271, como en en Decreto n° 720 de 1994.

Para la aplicación del precepto contenido en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no hay presupuesto procesal, porque la competencia para vigilar el derecho a la libre elección de regimen e imponer las sanciones correspondientes, está asignado a la autoridad administrativa alli señalada.

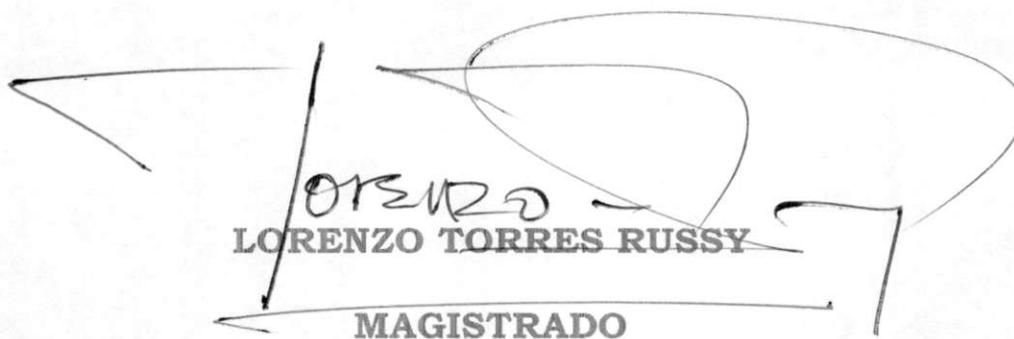
Sobre el resarcimiento de los perjuicios causados al afiliado por el incumplimiento en el deber de información o la deficiencia del mismo, el articulo 10 del Decreto 720 de 1994, establece que la responsabilidad corresponde a la AFP.

Las normas del Código Civil y las del Código de Comercio que regulan la nulidad y la ineficacia de pleno derecho, respectivamente, no son aplicables en materia de seguridad social, por encontrar regulada íntegramente la ineficacia de la afiliación en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993.

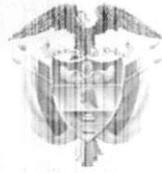
En lo que a Colpensiones corresponde: es un sujeto de derecho, ajeno a la decisión del afiliado, la ley no le asigna ninguna responsabilidad frente a tal decisión ni a los actos de un tercero y, en consecuencia, ninguna responsabilidad ni condena pueden imponerse a su cargo.

En lo que a la AFP recurrente corresponde, no debe imponerse condena en la medida en que no se probaron los perjuicios causados, cuyo resarcimiento les correspondería a la luz del artículo 10 del Decreto 720 de 1994.

Las afirmaciones anteriores están ampliadas y concordadas con citas jurisprudenciales, en la sentencia dictada en el proceso ordinario de HERNAN QUINTERO CARDONA RAD.2017-0259-01, con ponencia del suscrito magistrado.



LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL**

**MARCELIANO CHAVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 14-2018-00254-01

Bogotá D.C., veintiuno (21) de agosto de dos mil veinte (2020)

DEMANDANTE: JOHN DE JESUS GIL ARANGO
DEMANDADO: MARTINICA MOTOS SAS
ASUNTO : APELACION (DEMANDADA)

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 14° Laboral del Circuito de Bogotá el día 26 de julio de 2019, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

Los apoderados de la parte demandante (folios 75 a 78), así como de la demandada Martinica Motos SAS (folio 81 a 85) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 7 de julio de 2020, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El señor **JOHN DE JESUS GIL ARANGO** instauró demanda ordinaria laboral contra de **MARTINICA MOTOS SAS** con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos (fl. 31 y 32):

- 1) Declarar que entre la empresa **MARTINICA MOTOS SAS** en calidad de empleadora y el señor **JOHN DE JESUS GIL ARANGO** en calidad de trabajador, existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el día 1° de enero de 2015 al 31 de enero de 2018, conforme los hechos de la presente demanda, el cual terminó sin justa causa siendo imputable al empleador.
- 2) Como consecuencia de lo anterior, condenar a la demanda al reconocimiento y pago de las siguientes prestaciones sociales:
 - a. Auxilio de Cesantías.
 - b. Intereses a las Cesantías.
 - c. Prima de servicios.

- d. Vacaciones.
 - e. Indemnización, como consecuencia de la terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa.
- 3) Indemnización moratoria contemplada en el artículo 65 del CST, por no haberse cancelado la liquidación a la terminación de contrato, equivalente a un día de salario, por cada día de retardo.
- 4) Costas procesales.

La sociedad demandada contestó la demanda (fls. 43 a 55) de acuerdo al auto visible a folio 56. Se opuso a las pretensiones del demandante, proponiendo excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 14° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 26 de julio de 2019. **DECLARÓ** que entre el señor JOHN DE JESUS GIL ARANGO y la demandada MARTINICA MOTOS SA, existió un contrato de trabajo entre el 1° de enero de 2015 al 31 de enero de 2018. **DECLARÓ PROBADA PARCIALMENTE** la EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN respecto de los derechos no reclamados con anterioridad al 30 de abril 2015 a excepción del auxilio de cesantías. **CONDENÓ** a Martinica Motos SAS a cancelar al demandante las siguientes sumas de dinero:

- a. La suma de \$4.629.166,67 por concepto de auxilio de cesantías.
- b. La suma de \$441.335.00 por intereses a las cesantías.
- c. La suma de \$4.129.166,67 por concepto de prima de servicios.
- d. La suma de \$2.750.000.00 por concepto de vacaciones.
- e. La suma diaria de \$50.000 desde el 1 de febrero del 2018 hasta por 24 meses y a partir del mes 25 intereses moratorios a la tasa máxima de crédito de libre asignación hasta cuando el pago prestaciones sociales se verifique.
- f. La suma de \$3.580.000.00 por concepto de indemnización por despido sin justa causa.

ORDENÓ la COMPENSACIÓN por suma de \$5.000.000, que fue recibida por el demandante bajo la denominación de "transacción", misma que ha de deducirse de los valores que por prestaciones sociales señaladas en los literales A B y C del numeral anterior que condenó a la parte pasiva. **DECLARÓ NO PROBADAS** las demás excepciones propuestas respecto de las pretensiones que alcanzaron prosperidad. **ABSOLVIÓ** a Martinica Motos SAS de las restantes pretensiones incoadas en su contra por el señor John de Jesús Gil Arango. **COSTAS** a cargo de la demandada Martinica Motos SAS a favor del demandante.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandada** presentó recurso de apelación:

1. **DECLARATORIA EXISTENCIA CONTRATO REALIDAD:** Solicita se revoque la declaratoria de la existencia del contrato realidad, por cuanto a pesar de que se indicó por parte del Juzgado que existió una sola relación laboral desde el 1 de enero de 2015 al 31 de enero de 2018, lo cierto es que existieron efectivamente 3 vínculos independientes cada uno entre sí, toda

vez que la prestación que se dio del 1 de enero de 2015 al 9 de octubre de 2015, no se puede desconocer, por el simple hecho que no exista una documentación que acredite tal vínculo, resaltando que con posterioridad a la contratación del actor que medió con la empresa de servicios temporales, se contrató directamente al demandante a la empresa MARTINICA MOTOS SA, en atención al incremento en la producción de la empresa demandada, lo que llevó a vincularlo directamente.

2. **SALARIO:** El juez de instancia señala que el salario que devengaba el actor ascendía a la suma de \$1.500.000, desconociendo que dentro de esa suma, el valor de \$300.000 eran no constitutivos de salario, sin embargo, resalta que del valor transado por \$5.000.000 era sobre cualquier inconformidad que se hubiera dado bajo pagos que no se hubieran realizado en vigencia de la relación laboral, máxime si se tiene en cuenta que la empresa de servicios temporales, así no haya reconocido la prestación del demandante, canceló a favor del actor, todas las acreencias laborales por él alegadas.
3. **INDEMNIZACION MORATORIA:** Señala que no se configura la mala fe por parte de la demandada, como quiera que al suscribir la transacción con el demandante, se tenía animo de cancelarle al actor las sumas que se le adeudaban, mas aun si se tiene en cuenta que, la suma transada supera el valor que podría arrojar por concepto de acreencias laborales.
4. **INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO SIN JUSTA CAUSA:** Señala que no debe exigirse el proceso disciplinario ante la decisión de dar por terminado el contrato, por lo que no es procedente la indemnización por despido sin justa causa.

Con miras a la definición del recurso de apelación, la Corporación solo tendrá en cuenta y se ocupará de los aspectos de la sentencia que para el recurrente le mereció reproche, de conformidad con el principio de *consonancia* establecido en el artículo 66A del CPL y de la S.S., y las siguientes

CONSIDERACIONES

DE ORDEN FACTICO Y JURÍDICO:

La controversia del presente proceso se centra en determinar: **1.** Si entre el señor John de Jesús Gil Arango y la sociedad MARTINICA MOTOS SA, existió una relación laboral con vigencia desde el 1 de enero de 2015 hasta el 31 de enero de 2018, o si por el contrario, existieron varios vínculos contractuales de diferente naturaleza. **2.** Salario devengado por el actor. **3.** Indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST y **4.** Indemnización por despido sin justa causa,

DE LA EXISTENCIA DE LA RELACIÓN LABORAL:

La Sala acomete el estudio minucioso de la prueba testimonial y documental obrante dentro del plenario a fin de establecer si entre las partes existió una relación laboral en los términos indicados en la demanda y de sus extremos temporales, o si como lo concluyera el juzgador de primer grado, negar las pretensiones introducidas en el libelo introductorio.

De acuerdo a lo anterior, Conforme lo consagra el art. 22 del C.S.T., el contrato de trabajo debe entenderse como *“aquél por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración”*.

Así pues, para que resulten probadas sus pretensiones, es necesario acudir a lo dispuesto en el artículo 23 del C.S.T., que dispone la existencia de tres elementos para la configuración del contrato de trabajo a saber: 1) **la actividad personal del trabajador**, 2) **remuneración** y 3) la **subordinación**, la cual, valga aclarar, se diferencia de los anteriores al ser sólo predicable en la existencia de un contrato de trabajo.

Significa lo anterior que, la existencia del vínculo laboral depende primordialmente de la “situación real” en la que se encuentre la persona que hace las veces de trabajador y no de la “situación formal” o del acto celebrado entre las partes.

De encontrarse acreditados los elementos mencionados, el contrato de trabajo así tenga una denominación formal propia, debe ser tomado como lo que realmente es y no lo que aparenta ser. En apoyo de ello nuestra Constitución Política en el artículo 53 consagra el principio de primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales.

Así las cosas, el artículo 24 del C.S.T. establece la presunción de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo. Dentro de éste orden, si quien presta sus servicios personales y deriva de ello una retribución económica directa alega que el vínculo contractual que sostiene es de estirpe laboral, y no civil o de prestación de servicios, le corresponde como carga probatoria acreditar efectivamente la prestación del servicio y su remuneración, quedando a cargo de quien la niega la carga de acreditar que esa relación no era subordinada o que estando en presencia de elementos denotativos de la misma no se trataba en realidad de aquella subordinación jurídica presente en los contratos de trabajo.

Dentro de éste orden, si quien presta sus servicios personales y deriva de ello una retribución económica directa alega que el vínculo contractual que sostiene es de estirpe laboral, y no civil o de prestación de servicios, le corresponde como carga probatoria acreditar efectivamente la prestación del servicio y su remuneración, quedando a cargo de quien la niega la carga de acreditar que esa relación no era subordinada o que estando en presencia de elementos denotativos de la misma no se trataba en realidad de aquella subordinación jurídica presente en los contratos de trabajo.

Así entonces, la carga probatoria respecto de la subordinación jurídica no es imputable al trabajador por el hecho de que alegue la existencia de un contrato de

trabajo, pues la exigencia probatoria respecto de él, como viene dicho, es la demostración de la prestación personal del servicio y su retribución.

Cumpliendo el trabajador con esa carga probatoria se activa a su favor la presunción de que esa relación estaba regida por un contrato de trabajo, la cual por ser una presunción legal es susceptible de ser desestimada mediante la demostración del hecho contrario.

Descendiendo al *sublite*, el demandante alega que prestó sus servicios para el accionado en una única relación laboral desde el 1 de enero de 2015 al 31 de enero de 2018.

El demandado por su parte, niega la existencia de la relación laboral en los términos planteados en la demanda, indicando que sostuvo una relación laboral con el demandante desde el 1 de junio de 2016 al 31 de enero de 2018, sin embargo con anterioridad, sostuvieron 2 relaciones de carácter civil, esto es, mediante contratos de prestación de servicios, le primero de ellos, desde el 1 de enero de 2015 a 31 de octubre de 2015 y un segundo, desde el 1 de noviembre de 2015 a 31 de mayo de 2016.

Ahora bien, como sustento de su pretensión, el demandante allegó al plenario las siguientes pruebas: reporte de historia laboral, mediante la cual se acredita que la demandada le cotizó al sistema de seguridad social en pensión a partir del mes de junio de 2016 (fl. 7), extractos bancarios, certificado de afiliación al POS de la EPS SANITAS, bajo el empleador MARTINICA MOTOS SA desde el 28 de junio de 2016, y en el que se indica igualmente un ingreso base de cotización de \$1.200.000 (fl. 23 y 24), certificación expedida por la ARL SURA en la que se indica que el demandante se encuentra afiliado a dicha ARL bajo el empleador MARTINICA MOTOS SA desde el 07 de mayo de 2016 a 30 de noviembre de 2017 (fl 27).

Por su parte, la demandada aportó liquidación de prestaciones sociales del periodo comprendido agosto de 2016 a diciembre de 2015 (fl. 43), enero a septiembre de 2015 (fl. 43 vuelto), febrero a julio de 2016 (fl. 44).

Por otro lado, absolvió interrogatorio de parte el Sr. **SANTIAGO HARKER MATIZ**, en calidad de representante legal de la demanda, quien indicó que si bien el actor prestó sus servicios desde enero de 2015, lo hizo bajo diferentes modalidades, en primer lugar se vinculó como contratista, mediante un contrato de prestación de servicios, desde el 1 de enero al 31 de octubre de 2015, posteriormente prestó sus servicios como trabajador en misión, enviado por una empresa temporal desde noviembre de 2015 a 31 de mayo de 2016 y finalmente, fue vinculado directamente, mediante un contrato de trabajo desde el 1 de junio de 2016 al 31 de enero de 2018. Que el actor ejecutaba labores como mecánico profesional, elaborando y ensamblando motocicletas en las instalaciones de MARTINICA MOTOS SA

Igualmente, el Sr. **JOHN DE JESUS GIL ARANGO**, absolvió interrogatorio de parte indicando que laboró para desde enero de 2015, cuando empezó a trabajar en el garaje del representante legal, y le iban a pagar \$1.500.000, luego cuando se incrementó el trabajo, llamaron más muchachos para que lo ayudaron, posteriormente, cuando se empezaron a vender más motocicletas, le dijeron que

los iban a vincular a una temporal, por si llegaba a ocurrir un accidente, y esa vinculación se dio desde octubre de 2015 a mayo de 2016 para MARTINICA MOTOS SA, pero nunca asistió a una empresa temporal o conoció sus administradores, mediante una empresa temporal, luego directamente con contrato laboral, desde junio de 2016 al 31 de enero de 2018. Que la demandada le pagó la suma de \$5.000.000 por concepto de transacción. Que cumplía las órdenes de Santiago y el señor Hoyos, cumpliendo el horario de trabajo y las entregas debidas.

Así mismo, se recibió el testimonio del señor **GERMAN DAVID PENAGOS CABRERA**, quien indicó conocer al demandante desde el año 2016, por ser compañeros de trabajo, pues trabajaron juntos en la empresa demandada. Señaló que, el actor era el encargado de ensamblar motos y entregarlas a Martinica, que trabajaban en el barrio polo, y la congestión de la entrega de motos de 2 o 3 meses, lo asumía el demandante. Que dado el desorden de la empresa temporal, decidieron vincularlos directamente a la empresa demandada, porque comenzó a ser incumplida en los pagos a los trabajadores en misión. Que tenían un formulario de cómo debían el ensamble de la moto, hasta el color, y la modificación del chasis y así debían ser entregadas, bajo ese mismo concepto.

Analizado lo expuesto, y conforme el material probatorio obrante dentro del plenario, ha de precisar en primer lugar que tanto en la contestación de la demanda, como en el interrogatorio de parte se admitió por parte del representante legal de ésta, que el actor prestó sus servicios desde el 1 de enero de 2015 como mecánico profesional, de lo que se contrae que se encuentra demostrada en primer lugar, la prestación del servicio por parte del Sr. John de Jesús Gil, activándose a su favor la presunción contenida en el artículo 24 del CST, quedando a cargo de la demandada desvirtuar el elemento de subordinación.

Así las cosas, dentro de las pruebas recaudadas dentro del plenario, no se logra acreditar que el actor gozara de autonomía e independencia en el desempeño de sus funciones, puesto que la sola afirmación de la demandada tendiente a demostrar que ejercía sus funciones de manera autónoma y no cumplía horario, por sí solas no resultan suficientes para desvanecer la subordinación que debía estar sujeto el demandante, por lo que la parte demandada no aportó ningún elemento de persuasión encaminada a acreditar sus afirmaciones, por lo que no se logra acreditar que por el periodo comprendido entre el 1 de enero al 31 de octubre de 2015 desempeñara sus labores de manera autónoma e independiente, razón por la cual se declarará la existencia del contrato de trabajo por éste periodo.

Ahora bien, respecto del periodo comprendido del 1 de noviembre de 2015 al 31 de mayo de 2016, periodo en el cual, el demandante fungió como trabajador en misión de la empresa temporal "Compañía Integral de Negocios y Servicios Neise SAS", ha de resaltar que el Decreto 4639 de 2006, compilado en el Decreto 1071 del 2015, decreto único reglamentario en el sector trabajo, refiere que las empresas de servicios temporales son aquellas que contratan la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante la labor desarrollada por personas naturales, contratadas directamente por la empresa de servicios temporales, la cual tiene con respecto de estas, el carácter de empleador. En ese sentido, su objeto se enfoca en el suministro de mano de obra, con el fin de poner a disposición de una tercera persona natural

o jurídica, empresa usuraria, quien determina sus tareas y supervisa su ejecución, trabajadores en misión.

En ese orden, los empleados en misión son considerados trabajadores de las empresas de servicios temporales, pero quien ejerce la subordinación material es la empresa usuaria, sin embargo, la H. Corte suprema de Justicia ha adoctrinado que solo puede acudirse a esta figura de intermediación laboral, para el desarrollo de labores netamente temporales, sean o no del giro ordinario de la empresa, determinadas por circunstancias excepcionales, tales como trabajo ocasionales, remplazos de personal ausente o incrementos en la producción o en los servicios, (Sentencia con radicado 69399 del 2018).

Dicho lo anterior, la Sala se aparta del argumento expuesto por el recurrente, pues justifica la vinculación del demandante para el periodo comprendido entre el 1 de noviembre de 2015 al 31 de mayo de 2016 mediante una empresa temporal, esto es, como trabajador en misión, puesto que el desempeño de sus funciones tanto con anterioridad, durante y con posterioridad al periodo que estuvo vinculado como trabajador en misión, desempeñó las mismas funciones para la sociedad demandada, siendo como lo manifestó el mismo representante legal de la demandada en su interrogatorio de parte, así como el testigo Germán Daniel Penagos, que el actor siempre ensambló motocicletas y dirigía a los demás mecánicos, como jefe del taller, de manera tal que, no puede considerarse que la labor por éste desempeñada, era de carácter temporal o extraordinaria dado el incremento de producción de motocicletas, pues como se observó, su labor se desarrolló de manera permanente a lo largo de su vinculación con la demandada.

Así pues, si bien pudo existir un aumento en la producción de motocicletas desde el 1 de noviembre de 2016, así como también, que la sociedad demandada estaba facultada para recurrir al personal en misión, a fin de cubrir dicha contingencia, lo cierto es que no podía hacer uso de ese tipo de contratación en el caso específico del demandante, pues no resulta lógico que solo hasta el incremento de producción de motocicletas se pudo efectuar su vinculación directa con la demandada, mediante un contrato de trabajo, trayendo a colación la sentencia con radicación No. 17025 de 2016 mediante la cual, nuestro máximo órgano de cierre adoctrinó: *"la infracción de las reglas jurídicas del servicio temporal lleva a considerar al trabajador en misión como empleado directo de la empresa usuaria, vinculado mediante un contrato laboral a término indefinido con derecho a todos los beneficios que su verdadero empleador (empresa usuraria) tiene previstos en favor de sus asalariados, a su vez debe tenerse a la empresa de servicios temporales como una simple intermediaria"*.

Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, se concluye entonces que, las funciones desarrolladas por el actor en el periodo comprendido del 1 de noviembre de 2015 a 31 de mayo de 2016 no correspondían a labores determinadas por circunstancias específicas, tales como incremento de producción o aumento de cargas laborales en la empresa usuaria, sino que por el contrario, era un requerimiento permanente de la empresa demandada que debía ser atendido con un trabajador permanente, más aún cuando se trata de un jefe de un equipo de trabajo, el cual debía incluso coordinar las funciones de los demás trabajadores, precisando en todo caso que solo es posible la contratación del personal en misión,

en trabajadores que contribuyan a agilizar y cumplir las metas diarias de la empresa, dada su alta demanda en la producción de motocicletas y lo anterior, por un periodo corto de tiempo, de manera tal, que ha de entenderse la vinculación comprendida entre el 1 de noviembre de 2015 al 31 de mayo de 2016 fue directa con la demandada MARTINICA MOTOS SAS y no con la temporal "Compañía Integral de Negocios y Servicios NEISE SA", quien fungió como una simple intermediaria.

Bajo las anteriores consideraciones, la Sala comparte la decisión del juez de primera instancia, en el sentido de **CONFIRMAR** la declaratoria de una única relación laboral entre el señor JOHN DE JESUS GIL ARANGO y la empresa MARTINICA MOTOS SAS desde el 1 de enero de 2015 al 31 de enero de 2018, al no haberse desvirtuado la presunción contemplada en el art 24 del CST, respecto de la prestación de servicios que se desplegó entre el interregno del 1 de enero del 2015 al 31 de octubre de ese año, así como tampoco, haber acreditado encontrarse dentro de las circunstancias contempladas en el art 6 del decreto 4639 del 2006 para contratar al aquí demandante como trabajador en misión desde el 1 noviembre de 2015 al 31 de mayo de 2016, se declarara que entre las partes existió un único vínculo laboral que se extendió entre el 1 de enero del 2015 y 31 de enero del 2018 fecha esta última que acepto la demandada finalizo el contrato de trabajo, conforme lo indicó el Juez de primera instancia.

En otro giro, en lo que tiene que ver con el salario percibido por el actor, y segundo punto de inconformidad del recurrente, pues a su consideración, a pesar de que se indicó en la liquidación final de prestaciones sociales la suma de \$1.500.000, lo cierto es que de esa suma, el valor de \$300.000 correspondían a un auxilio no constitutivo, por lo que no pueden ser tenidos en cuenta para las condenas impuestas por el juez de instancia.

Frente al tema, ha de resaltar que ningún fundamento ni fáctico ni jurídico se observa por parte de esta Sala para avalar el argumento expuesto por el recurrente, pues no se logró acreditar que las partes excluyeran la suma de \$300.000 como no constitutivo de salario, más aún, cuando se verifica que el demandante recibió dicho rubro de forma fija durante toda la relación laboral, tal y como se observa de los extractos bancarios (fls. 6 a 22) y que la suma de \$1.500.000 sirvió de base para liquidar las prestaciones sociales, conforme liquidación obrante a folio 43 y 44, y finalmente, cuando el mismo representante legal de la demandada afirmó en su interrogatorio de parte que el actor percibía la suma de \$1.500.000 mensuales, sin hacer ninguna precisión al respecto, razón por la cual, la Sala no encuentra sustento alguno para modificar el salario devengado por el actor, por lo que se confirmará el mismo, así como las condenas contempladas en literales a, b, c y d, por no ser objeto expreso de apelación.

INDEMNIZACION POR DESPIDO SIN JUSTA CAUSA:

Solicita se revoque la condena impuesta por concepto de indemnización por despido sin justa causa de que trata el artículo 64 del CST, por cuanto no debe exigirse el proceso disciplinario ante la decisión de dar por terminado el contrato, razón por la cual no es procedente la indemnización por despido sin justa causa.

Sobre este asunto es preciso indicar que la prueba del despido corresponde al trabajador y la justeza del mismo la debe acreditar el empleador, de modo que si tal circunstancia no ocurre, se entenderá que la terminación del contrato de trabajo fue sin justa causa y este último deberá asumir la indemnización contemplada en la ley, la convención colectiva, o en cualquier otro documento que regule la relación entre las partes (Sentencia SL 5595 Radicado No, 78492 del 4 de diciembre de 2019).

En el presente asunto, a pesar de que la sociedad demandada aduce que el despido estuvo ajustado a derecho por las múltiples quejas recibidas por los trabajadores, indicando que el actor elaboraba facturas que no coincidían con la realidad, lo cierto es que tal hecho tendiente a demostrar la justeza del despido no fue acreditado dentro del plenario, en tanto que ni si quiera se acreditó haberle puesto de presente al demandante las causales por las cuales la sociedad demandada habían tomado la determinación de dar por terminado el contrato de trabajo, pues de conformidad con el artículo 62 y 66 del CST, establece que la parte que decida romper el vínculo laboral, debe expresar en ese momento, las razones por las cuales tomó su determinación, sin que resulte válido, alegar con posterioridad nuevas causales o motivos distintos que conllevaron a tomar dicha decisión

Teniendo en cuenta lo anterior, al no estar acreditada la justa causa por la cual se dio por terminado el vínculo laboral, habrá de confirmarse la condena impuesta por éste concepto, sin que por tanto la suma condenada haya sido objeto expreso de apelación, razón por la cual se **CONFIRMARÁ** el literal f) del numeral tercero de la sentencia proferida en primera instancia.

INDEMNIZACIÓN MORATORIA:

Respecto al pago de la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST, el Juez de instancia condenó a la demandada al pago de la sanción moratoria en la suma diaria de \$50.000 desde el 1 de febrero del 2018 hasta por 24 meses y a partir del mes 25 intereses moratorios a la tasa máxima de crédito de libre asignación hasta cuando el pago prestaciones sociales se verifique.

Inconforme con la anterior decisión, el apoderado de la parte demandada presentó recurso de apelación, solicitando se revoque la anterior condena teniendo en cuenta que no se configura mala fe por parte de la demandada, como quiera que al suscribir transacción con el demandante, se tenía animo de cancelarle al actor las sumas que se le adeudaban, mas aun si se tiene en cuenta que, la suma transada supera el valor que podría arrojar por concepto de acreencias laborales.

En sentencia CSL SL6621-2017, entre otras, se recordó que esta sanción por mora no se impone de manera automática. En esa oportunidad consideró el máximo Tribunal que *«la Corte en desarrollo de su función de interpretar las normas del trabajo y crear jurisprudencia, ha sostenido que la sanción moratoria no es automática. Para su aplicación, el juez debe constatar si el demandado suministró elementos de persuasión que acrediten una conducta provista de buena fe (SL8216-2016)»*.

Así mismo, en sentencia SL 3936 del 2018 la H. Corte Suprema de Justicia, ha sido pacífica en señalar que, en aquellos casos en los que exista controversia fundada en la existencia del contrato de trabajo, habrá lugar de la exoneración de la consignación de los derechos laborales, y por ende a la indemnización moratoria, sin embargo ello ocurre si el empleador demuestra que tuvo razones, tanto circunstanciales como jurídicamente poderosas, para discutir la calidad del contrato celebrado, de lo contrario no puede deprecarse su actuar de buena fe.

En el presente caso, la demandada adujo que entre las partes existió inicialmente el actor fungió como contratista, posteriormente como trabajador en misión, lo que en principio haría presumir su buena fe, en el entendido que pudo haber estado bajo el convencimiento que no se encontraba obligado a cancelarle acreencias laborales al actor, sin embargo, dicho convencimiento se desvirtúa, si se tiene en cuenta que a partir del 1 de junio de 2016 vinculó al demandante a través de un contrato de trabajo, sin que a la fecha de terminación de ese vínculo cancelara si quiera las acreencias laborales, que en su entender se encontraba obligado a asumir, esto por el interregno comprendido entre el 1 de junio del 2016 y 31 de enero del 2018.

El anterior actuar generó un perjuicio para la actora, al omitir, sin razón válida, el pago de las prestaciones causadas y debidas al momento de la terminación de la relación laboral, y si bien se ha adoctrinado por el máximo Tribunal que en los eventos en que se discute la naturaleza del vínculo, con razones atendibles y razonables, es factible exonerar al empleador de esta condena, tal presupuesto en este caso no se aprecia satisfecho, pues resultó evidente la naturaleza subordinada del servicio prestado, cuando la demandada le efectuó diferentes directrices y recomendaciones para el ejercicio de su actividad laboral, por lo que tal discusión no fue razonable ni atendible, razón por la cual se despachará desfavorablemente los argumentos expuestos por el recurrente y en su lugar, se impondrá su **CONFIRMACIÓN**.

Bajo las anteriores consideraciones, se **CONFIRMARÁ** en su integridad la sentencia proferida en primera instancia.

COSTAS:

Sin **costas** en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISION LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 26 de julio de 2019 por el Juzgado 14 Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: Sin **COSTAS** en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310501420180025401)



DTZ 920 - 7

LORENZO TORRES RUSSY

(Rad. 11001310501420180025401)



RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

(Rad. 11001310501420180025401)

*Salvo los penales
indemnización moratoria*



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 12-2017-00630-01

Bogotá D.C., veintiuno (21) de agosto de dos mil veinte (2020)

DEMANDANTE: **ORLANDO CARDENAS SANCHEZ**
DEMANDADO: **COLPENSIONES**
ASUNTO : **CONSULTA**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el Grado Jurisdiccional de Consulta en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 12° Laboral del Circuito de Bogotá el día 26 de septiembre de 2019, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

Los apoderados de la parte demandante (folios 402), así como de Colpensiones (folio 399 a 400) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 7 de julio de 2020, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El señor **ORLANDO CARDENAS SANCHEZ** instauró demanda ordinaria laboral contra de **COLPENSIONES**, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos (fl. 349):

- 1) A reconocer e incluir en el reporte de semanas cotizadas en pensiones, del señor **ORLANDO CARDENAS SANCHEZ**, los aportes realizados por intermedio de las sociedades **LADRILLERA SAN JOSE SA** y **ARCILLAS SAN JOSE SA LIQUIDADAS**.
- 2) Costas procesales.

COLPENSIONES contestó la demanda (fls. 360 a 363); de acuerdo al auto visible a folios 371. Se opusieron a las pretensiones del demandante y propusieron excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 12° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 26 de septiembre de 2019. **CONDENÓ** a Colpensiones a incorporar en la historia laboral del sr Orlando Cárdenas Sánchez, en su totalidad el periodo comprendido entre el 13 de enero de 1989 al 18 de abril de 2008, bajo la relación laboral configurada con la empresa LADRILLERA SAN JOSE. **CONDENÓ** a Colpensiones a adicionar las semanas correspondientes a los siguientes ciclos:

CICLO	SALARIO
07-1997	\$310.000
11-1997 a 09-2004	\$326.000
06-2006	\$613.000
10-2006 a 15-04-2008	\$736.000

ABSOLVIÓ a Colpensiones de las demás suplicas de la demanda. **DECLARÓ NO** probada las excepciones formuladas por Colpensiones. **COSTAS** a cargo de la entidad demandada, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$1.00.000.

En atención a que la sentencia fue adversa a la Entidad Demandada, la Sala avocará su conocimiento en el *grado jurisdiccional de Consulta* dado lo preceptuado en el artículo 69 del CPTSS, con fundamento en las siguientes

CONSIDERACIONES:

DE ORDEN FÁCTICO Y JURIDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: 1. Si es procedente incluir en la historia laboral del señor ORLANDO CÁRDENAS SANCHEZ los periodos ordenados por el Juez de primera instancia.

INCLUSION PERIODOS EN HISTORIA LABORAL:

Sea lo primero indicar que, el Juez de instancia declaró los extremos de la relación laboral entre el señor Orlando Cárdenas y Ladrillera San José liquidada desde el 13 de enero de 1989, teniendo en cuenta que fue la primera cotización realizada, conforme la historia laboral vista a folios 9 y 10 del expediente. Así mismo, indicó como extremo final de la relación laboral el 18 de abril de 2008, de conformidad a la documental vista a folio 34 del plenario, mediante la cual la sociedad LADRILLERA SAN JOSE LTDA autorizó el retiro definitivo de cesantías del señor ORLANDO CÁRDENAS SÁNCHEZ en atención que el 18 de abril de 2008 se logró conciliar de manera definitiva el contrato de trabajo suscrito entre éstos.

De lo anterior, ha de advertir que mediante AUTO No. 405-000283 del 14 de enero de 2010, se ordenó la liquidación judicial de la sociedad Ladrillera San José SA (fls. 12 a 33) en la cual no solamente obra las acreencias laborales a favor del demandante, sino también el valor del crédito en prelación de primera clase, sobre la base del artículo 2495 del CC, en donde Colpensiones no ha depurado su gestión de cobro coactivo, en aplicación del Decreto No. 2665 de 1998, aplicable por vía de compatibilidad del artículo 31 de la Ley 100 de 1993.

Descendiendo al *sublite*, el demandante alega que prestó sus servicios para Ladrillera San José liquidada en una única relación laboral desde el 16 de agosto de 1988 al 18 de abril de 2008.

Ahora bien, de conformidad con lo anterior y al observar el reporte de historia laboral (fl 9 y 10), se tiene por acreditado que si bien existió afiliación del trabajador Orlando Cárdenas por parte de Ladrillera San José liquidada, lo cierto es que efectuó cotizaciones de manera no continua, por lo que al observar el reporte, brillan por su ausencia las cotizaciones de los siguientes ciclos: 1997-01, 1997-11 a 2004-09, 2006-06 y 2006-10 a 2008-04.

En ese orden de ideas, la Sala considera que de las documentales obrantes dentro del plenario, tales como, documental dirigida a la AFP Protección SA del 22 de abril de 2008, autorizando el retiro definitivo de cesantías, con ocasión a la conciliación de manera definitiva el 18 de abril de 2008 del actor (fl. 34), auto de liquidación judicial de la Superintendencia de Sociedades (fls. 12 a 33), reconociendo al demandante una suma de \$41.083.792, sin especificar concepto alguno, así como reporte de historia laboral (fls. 9 y 10), se puede extraer la existencia de una vinculación laboral entre el demandante y Ladrillera San José, no obstante no son pruebas documentales que determinen de manera contundente que arrojen con claridad los extremos de la relación laboral.

Lo anterior, aunado a la jurisprudencia decantada por nuestro máximo órgano de cierre, que ha adocinado que la omisión del empleador en el pago de las cotizaciones que a cuenta de la relación subordinada se generan, no tiene como consecuencia que el trabajador se vea privado de las prestaciones a las que podría tener derecho ante las contingencias laborales, dado que estas son de cargo del Sistema de Seguridad Social Integral a través de sus administradores, valga decir, de las administradoras de los distintos riesgos en él previstos, ello, lógicamente, si medió previamente la afiliación, de allí la importancia que tiene dicha actuación frente a las entidades de seguridad social, pues, de no existir tal acto por parte del empleador, no surge para las entidades la exigencia de asumir las prestaciones que consagra el sistema, dado que la obligación de recaudo se torna imprevisible para la administradora e imposible de gestionar. (SL 4572 Rad. 78907 – 2019).

A su turno, la sentencia SL 43188 del 28 de agosto de 2012, el máximo Tribunal adocinó:

(...) Concordante con lo dicho, no sería sensato equiparar la responsabilidad jurídica del empleador que tiene a sus trabajadores afiliados, pero se encuentra en mora en el pago de cotizaciones, con el patrono que no afilia, pues es evidente que en este segundo evento toda la responsabilidad en el pago de las prestaciones de seguridad social recae sobre él, situación que razonable y proporcionalmente no se puede predicar del empleador moroso en tales aportes, toda vez que tiene la opción de pagar, ponerse al día y contribuir con el sistema actualizando sus deudas para con el sistema de seguridad social.

Así las cosas, teniendo en cuenta el periodo que solicita la parte actora le sea incluida en la historia laboral, sería necesario que el empleador efectuara el cálculo actuarial para realizar la afiliación de ese periodo y se incluyera en la historia laboral del demandante, sin embargo, eso no es lo solicitado en la demandada, pues la misma se limita a la corrección de la historia laboral, pues se reitera, el periodo solicitado no se encuentra en mora para que Colpensiones estuviera obligado para adelantar el cobro respectivo, sino que por el contrario, ni siquiera existe afiliación por ese periodo, razones suficientes para no tener en cuenta el periodo en mención con el objetivo de incluirlo en la historia laboral como lo pretende la parte demandante.

Aunado a lo anterior, es importante recordar que en materia laboral es aplicable la regla de la carga de la prueba, de ahí que corresponda a la parte que invoca en su favor determinados efectos jurídicos, demostrar el (los) supuesto(s) de hecho invocado(s) en sustento de sus pretensiones, tal como lo preceptúa el 167 del C.G.P., aplicable por integración al procedimiento laboral, el cual establece que:

“Carga de la Prueba. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”

Razón por la cual, ante la orfandad probatoria para acreditar los extremos laborales de la relación laboral que alega la parte actora, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P. aplicable por remisión expresa del artículo 145 del CPT y SS y en correspondencia con los principios que informan la carga de la prueba, la parte demandante debe soportar la carga de una decisión absoluta, pues no se allanó a la carga de probar sus afirmaciones, teniendo en cuenta que quien pretenda la declaratoria de un contrato, debe acreditar al menos la prestación personal del servicio, y los extremos temporales en los cuales afirma desarrolló la labor, para dar aplicación a la presunción contenida en el artículo 24 del CST, trayendo a colación lo adocinado entre otras, la sentencia SL3194, radicación 59375 del 25 de julio de 2018, teniendo en cuenta que no se encuentra acreditados los extremos temporales de la relación laboral.

Dada entonces la ausencia de pruebas con las cuales el demandante debía acreditar los supuestos de hecho conforme a los cuales pretendía la prosperidad de sus pretensiones, no queda otro camino que **REVOCAR** la sentencia proferida en primera instancia, y en su lugar **ABSOLVER** a Colpensiones, de las pretensiones incoadas por el señor Orlando Cárdenas Sánchez.

COSTAS:

Sin costas en esta instancia. Las de primera a cargo de la parte demandante.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISION LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida en primera instancia, y en su lugar **ABSOLVER** a Colpensiones de las pretensiones incoadas por el señor Orlando Cárdenas Sánchez.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia. Las de primera a cargo de la parte demandante.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310501220170063001)



LORENZO TORRES RUSSY

(Rad. 11001310501220170063001)



RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

(Rad. 11001310501220170063001)



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 25-2017-00343-01

Bogotá D.C., veintiuno (21) de agosto de dos mil veinte (2020)

DEMANDANTE: **SAÚL HUMBERTO GONZÁLEZ FLORIÁN**
DEMANDADOS: **ACUEDUCTO DE ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ DC**
ASUNTO : **APELACIÓN (Demandante)**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 25° Laboral del Circuito de Bogotá el día 24 de octubre de 2019, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

Los apoderados de la parte demandante (folios 173 a 175), así como del Acueducto de Alcantarillado y Aseso de Bogotá DC (folio 169 y 170) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 7 de julio de 2020, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El señor **SAÚL HUMBERTO GONZÁLEZ FLORIÁN** instauró demanda ordinaria laboral contra de la **ACUEDUCTO DE ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ DC** con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos (fl. 87 y 88).

- 1) Declarar que entre las partes existió un contrato de trabajo desde el día 03 de marzo de 1998 al 01 de abril de 2016.
- 2) Declarar que la demandada dio por terminado el contrato de trabajo de manera unilateral y sin justa causa el día 01 de abril de 2016.
- 3) Declarar que la demandada adeuda al actor los salarios dejados de percibir con las correspondientes asignaciones salariales desde la fecha en que fue retirado del servicio, es decir, desde el 1 de abril de 2016, hasta la fecha en que sea reintegrado,
- 4) Declarar responsable a la demandada por el no pago de las cesantías desde la fecha de terminación del contrato de trabajo hasta el debido reintegro.

- 5) Declarar responsable a la demandada por el no pago de los intereses a las cesantías, desde la fecha de terminación del contrato de trabajo hasta que se realice el debido reintegro.
- 6) Declarar que la demandada es la responsable por el no pago de prima de servicios desde la fecha de terminación del contrato hasta que se realice el debido reintegro.
- 7) Declarar a la demandada responsable por el no pago de bonificaciones dejadas de percibir desde la fecha en que fue retirado del servicio hasta la fecha en que sea reintegrado.
- 8) Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, condenar a la demandada a REINTEGRAR al servicio al demandante, en el cargo que desempeñaba a otro de igual o superior categoría.
- 9) Condenar a la demandada a pagar los salarios dejados de percibir con las correspondientes asignaciones salariales desde la fecha en que fue retirado del servicio, es decir, del 01 de abril de 2016, hasta la fecha en que sea reintegrado el actor.
- 10) Condenar a la demandada a pagar las sumas correspondientes a las cesantías desde la fecha de la terminación del contrato de trabajo hasta que se realice el debido reintegro.
- 11) Condenar a pagar las sumas correspondientes intereses a las cesantías desde la fecha de la terminación del contrato de trabajo hasta que se realice el debido reintegro.
- 12) Condenar a pagar la suma correspondiente a la prima de servicios desde la fecha de la terminación del contrato de trabajo hasta que se realice el debido reintegro.
- 13) Condenar a la demandada subsidiariamente al pago de la indemnización por despido sin justa causa, consagrado en el artículo 64 del CST, modificado por el artículo 28 de la Ley 789 de 2002.
- 14) Costas procesales.

La **EMPRESA DE ACUEDUCTO ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ** (fls. 112 a 123) contestó la demanda de acuerdo al auto visible a folio 142. Se opuso a las pretensiones de la demandante y propuso excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 25° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 24 de octubre de 2019. **DECLARÓ** que entre el señor Saúl Alberto González Florián y la **EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTA ESP** existió un contrato de trabajo a término indefinido comprendido entre el 3 de marzo de 1998 al 1 de abril del 2016. **DECLARÓ** que el contrato suscrito entre Saúl Alberto González Florián y la empresa de acueducto y alcantarillado de Bogotá ESP terminó con justa causa conforme a lo establecido en el art 62 numeral 14 del CST. **DECLARÓ PROBADAS** las excepciones denominadas falta de título y causa para pedir inexistencia de la obligación por lo motivado. **ABSOLVIÓ** a la demandada empresa de acueducto y alcantarillado de Bogotá de las demás pretensiones incoadas. Sin costas en esta instancia.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandante** presentó recurso de apelación en contra de la decisión proferida en primera instancia.

- 1. TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO:** Señala que cumplir con los requisitos para cumplir con el régimen de transición para ser beneficiario de una pensión de vejez no se ajusta a la legalidad y normatividad que lo cobija, teniendo en cuenta que frente a la jurisprudencia como en sentencia con radicado No.230807 de 2012, donde el máximo Tribunal ha señalado la causal de retiro por reconocimiento de pensión dispuesta en el parágrafo tres del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, no es aplicable a servidores públicos, como beneficiarios del régimen de transición, establecido en la Ley 100 de 1993, y asegurarle al trabajador permanecer en su puesto de trabajo hasta el cumplimiento de la edad de retiro forzoso, lo que permite re-liquidar la prestación, incluyendo más tiempo de servicio. Por otro lado, no se puede obligar al trabajador a retirarse del cargo, por el solo hecho de haberse expedido a su favor la resolución que reconoce la pensión de jubilación, en consecuencia, no se puede aplicar de manera optativa la causal de terminación de la relación laboral, razón por la cual procede el reintegro solicitado en la demanda.

Con miras a la definición del recurso de apelación, la Corporación solo tendrá en cuenta y se ocupará de los aspectos de la sentencia que para el recurrente le mereció reproche, de conformidad con el principio de *consonancia* establecido en el artículo 66A del CPL y de la S.S., y las siguientes

CONSIDERACIONES:

DE ORDEN FÁCTICO Y JURIDICO:

La controversia del presente proceso se centra en determinar: **1.** Si el demandante tiene derecho al reintegro al mismo cargo que venía desempeñando o uno de superior jerarquía al no estar ajustada la justa causa invocada por la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ DC.

EXISTENCIA DE LA RELACIÓN LABORAL:

No es objeto de controversia la existencia de la relación laboral que ató a las partes y sus extremos, encontrándose plenamente establecido que el señor SAUL HUMBERTO GONZALEZ FLORIAN laboró al servicio de la entidad demandada, en ejecución de un contrato a término indefinido, ejerciendo el cargo el de "Ayudante", desde el **03 de marzo de 1998** al **1 de abril de 2016**, conforme se acredita del contrato de trabajo (fls. 26 y 27) y carta de terminación de contrato de trabajo con justa causa (fl. 21).

TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO:

Solicita el recurrente se declare que el contrato de trabajo se dio por terminado sin justa causa, y como consecuencia de ello, se declare el reintegro el mismo cargo que venía desempeñando o a uno de superior jerarquía.

Así las cosas, se observa que no existe discusión sobre la mayoría de premisas fácticas del fallo apelado, en particular, que el actor tuvo la condición de trabajador oficial; que cumplió 55 años de edad el 08 de junio de 2013 (fl. 44); que laboró al servicio de la accionada entre el 3 de marzo de 1998 al 1 de abril de 2016; que mediante Resolución GNR 448565 del 29 de diciembre de 2014 la entidad Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones le reconoció pensión de vejez al demandante, bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990, con una tasa de reemplazo del 75%, en cuantía de \$1.599.081, dicha prestación se dejó en suspenso, toda vez que el actor se encontraba activo en el servicio público. Así mismo, que mediante resolución GNR 752 del 04 de enero de 2016, se ordenó re-liquidar la prestación, únicamente para aumentar la tasa de reemplazo en un 90%, arrojando como mesada inicial la suma de \$2.384.290 para el año 2015, igualmente dejando en suspenso el ingreso de nómina por estar activo en el servicio público (fls. 33 a 43).

Ahora bien, la carta denominada “terminación de contrato de trabajo con justa causa inclusión en nómina de pensionados - COLPENSIONES” vista a folio 21 indica textualmente:

*“En atención a las resoluciones No 448565, VPB 40841 y GNR 256943 del 29 de diciembre de 2014, 6 de mayo de 2015 y 24 de agosto de 2015 respectivamente, remitidas por Colpensiones en las que se reconoce la pensión de vejez a su favor y se deja en suspensión el pago del mismo hasta que se verifique el retiro del servidor público, me permito informarle que conforme a lo establecido en el Decreto 2245 de 2012 y la Sentencia C – 1037 de 2003 de la Corte Constitucional, en concordancia con el Decreto 2127 de 1945, por medio de la presente se da por terminado con justa causa, su contrato de trabajo, a partir del 1 de abril de 2016.
De conformidad con el procedimiento establecido por Colpensiones, la presente comunicación se remitirá al correo electrónico confirmacionderetiroserveridorpúblico@colpensiones.gov.co para la inclusión en nómina de pensionados a partir del 1 de abril del 2016.”*

Frente al tema, ha de traerse a colación en primera medida el numeral 14 del artículo 62 del CST que establece como justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo, el reconocimiento de la pensión de jubilación o de invalidez, en concordancia con el artículo 3 del Decreto 2245 de 2012, que establece que en caso que el empleador haga uso de la facultad de terminar el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, para garantizar que no exista solución de continuidad entre la fecha de retiro y la fecha de la inclusión en la nómina de pensionados, el empleador y la administradora o entidad reconocedora deberán seguir el siguiente procedimiento:

- a) El empleador deberá informar por escrito a la administradora o a la entidad que efectuó el reconocimiento de la pensión, con una antelación no menor a tres (3) meses, la fecha a partir de la cual se efectuará la desvinculación

laboral, allegando copia del acto administrativo de retiro del servicio o tratándose de los trabajadores del sector privado, comunicación suscrita por el empleador en la que se indique tal circunstancia. La fecha en todo caso será la del primer día del mes siguiente al tercero de antelación.

- b) La administradora o la entidad que efectuó el reconocimiento de la pensión, dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha de recibo de la comunicación de que trata el literal anterior, deberá informar por escrito al empleador y al beneficiario de la pensión la fecha exacta de la inclusión en nómina general de pensionados, la cual deberá observar lo dispuesto en el literal anterior. El retiro quedará condicionado a la inclusión del trabajador en la nómina de pensionados. En todo caso, tratándose de los servidores públicos, salvo el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes y las excepciones legales, no se podrá percibir simultáneamente salario y pensión.

De acuerdo a lo anterior, al remitirnos a la carta de terminación del contrato de trabajo, se tiene que le notificó al actor el 27 de julio de 2016 (fl. 134 Vto.) la decisión de dar por terminado el contrato de trabajo, con ocasión al acto administrativo expedido por Colpensiones GNR 752 del 4 de enero de 2016, la cual había dejado en suspenso el ingreso en nómina de pensionado por estar activo en el servicio público, indicándole en la mencionada comunicación que enviaría al correo oficial de Colpensiones la comunicación de terminación de la relación laboral para la inclusión en nómina de pensionados al actor a partir del 1 de abril de 2016, cumpliendo de esta manera de manera conjunta ambas entidades las comunicaciones para que el demandante no tuviera solución de continuidad entre el salario y la mesada pensional, cumpliendo de esta manera con los lineamientos del Decreto 2245 de 2012, en cuanto a la forma que debe seguir para proceder y no vulnerar derechos del trabajador hoy pensionado.

Así mismo, y contrario lo afirmado por el recurrente, vale la pena traer a colación la sentencia SL 2123 de 2019 reiterativa de la SL 700-2018, en la que nuestro máximo órgano de cierre adoctrinó que el Decreto 2245 de 2012, consagró una justa causa de terminación del vínculo laboral, de la cual pueden hacer uso las entidades públicas para la desvinculación de sus servidores que alcancen los requisitos para acceder a la pensión de vejez o de jubilación **con independencia de que, para entonces, cuenten o no con la edad de retiro forzoso que al efecto indique la Ley**, con la única condición de que el retiro se surta cuando el trabajador haya sido objeto de reconocimiento de la pensión e incluido en nómina de pensionados.

Aunado a lo anterior, conviene recordar que según lo expuesto en la sentencia SL2509-2017, reiterada en la SL10770-2017, esta causal se configura con el otorgamiento de la pensión de vejez o jubilación y una vez el trabajador es incluido en nómina, la fecha de causación o la condición de beneficiario del régimen de transición, no son suficientes para oponerse a su aplicación, en tanto *"el hecho relevante que marca la aplicación de la regla de despido prevista en el parágrafo 3 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, es la fecha de reconocimiento de la pensión"* (CSJ SL2509-2017).

Lo expuesto hasta aquí significa que, la circunstancia que dio lugar al despido del actor encuentra respaldo en la Ley 797 de 2003 y podía ser invocada por la entidad

empleadora en razón a la fecha del reconocimiento pensional, con independencia de que el trabajador no hubiere alcanzado la edad de retiro forzoso de los servidores públicos, siempre y cuando fuera incluido en la nómina de pensionados, supuesto verificado con la documental obrante en el plenario y que no fue objeto expreso de apelación, por lo que no se entrevé dislate alguno en la decisión de la entidad demandada de dar paso a la terminación del contrato, por el advenimiento del derecho pensional.

Bajo las anteriores consideraciones, se **CONFIRMARÁ** en su integridad la sentencia absolutoria de primera instancia.

COSTAS.

Sin costas en esta instancia.

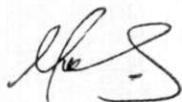
En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISION LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 24 de octubre de 2019 por el Juzgado 25° Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310502520170034301)



LORENZO TORRES RUSSY

(Rad. 11001310502520170034301)



RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

(Rad. 11001310502520170034301)



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL**

**MARCELIANO CHAVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 09-2017-00737-01

Bogotá D.C., veintiuno (21) de agosto de dos mil veinte (2020)

DEMANDANTE: **LUÍS JAVIER RODRÍGUEZ CUARTAS**
DEMANDADO: **ROCHEM BIOCARE COLOMBIA SA**
ASUNTO : **APELACIÓN (DEMANDANTE)**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 9° Laboral del Circuito de Bogotá el día 12 de junio de 2019, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

Los apoderados de las partes demandante (fls. 392 a 395), así como de la sociedad demandada (fls. 401 a 403) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 7 de julio de 2020, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El señor **LUÍS JAVIER RODRÍGUEZ CUARTAS** instauró demanda ordinaria laboral contra del **ROCHEM BIOCARE COLOMBIA SA** con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos (fl. 53 y 54):

- 1) Declarar que entre las partes existió realmente un solo contrato de trabajo, desde el 10 de marzo de 1997 hasta el 15 de mayo de 2017, sin solución de continuidad, el cual terminó por causa imputable al empleador.
- 2) Declarar que la demandada está obligada a pagar las prestaciones sociales al trabajador sobre el salario real devengado durante todo el tiempo de la relación laboral.
- 3) Condenar a la demandada a pagar las siguientes acreencias laborales:
 - a) Auxilio de cesantías proporcionales desde el 10 de marzo de 1997 al 1 de marzo de 2007, conforme el salario real devengado por el demandante para cada uno de los años laborados.
 - b) Intereses a las cesantías en todo el tiempo laborado.
 - c) Vacaciones durante el tiempo laborado.
 - d) Prima de servicios y de navidad.

- e) Al pago del incumplimiento establecido en el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990.
 - f) Al pago de los aportes legales para salud desde el 1° de junio de 2001 hasta el 28 de febrero de 2007.
 - g) Al pago de los aportes para pensión, del periodo comprendido entre el 1° de junio de 2001 hasta el 28 de febrero de 2007, liquidados sobre el salario real devengado por el trabajador, junto con los intereses moratorios liquidados a la tasa máxima permitida.
 - h) SUBSIDIARIA A LA PRETENSION ANTERIOR: Condenar a la demandada al traslado de la reserva actuarial al Sistema de Seguridad Social en pensiones a través del fondo de pensiones COLPENSIONES, correspondiente a los aportes dejados de realizar durante la vigencia de la relación laboral para los riesgos de invalidez, vejez y muerte, de conformidad con el artículo 9 de la Ley 797 de 2003.
- 4) Sanción moratoria correspondiente al artículo 65 del CST.
 - 5) Re-liquidar la indemnización por despido sin justa causa, consagrado con el artículo 64 del CST.
 - 6) Indexación de todas las acreencias que se llegaren a conceder en virtud de la sentencia.
 - 7) Reintegrar los valores retenidos por concepto de retención durante el periodo comprendido entre el 1 de mayo de 2001 al 1 de marzo de 2007.
 - 8) Costas procesales.

La sociedad demandada contestó la demanda (fls. 342 a 365) de acuerdo al auto visible a folio 367. Se opuso a las pretensiones del demandante, proponiendo excepciones de mérito.

El **JUZGADO 09° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 12 de junio de 2019. **ABSOLVIÓ** a la demandada **ROCHEM BIOCARE COLOMBIA SA**, de todas y cada una de las súplicas de la demanda incoadas en su contra por el Sr. **LUIS JAVIER RODRIGUEZ CUARTAS**. **DECLARÓ PROBADA** la excepción de **INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN**, **COSTAS** a cargo de la parte demandante, incluyendo la suma de \$100.000 como agencias en derecho.

RECURSO DE APELACION

La **parte demandante** presentó recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia:

1. **EXISTENCIA DE LA RELACIÓN LABORAL:** Señala que no se tuvo en cuenta la documental obrante a folios 7 a 13 del expediente, en el que se consignan los pagos realizados al actor, documento que fue expedido por la misma empresa demandada. Así como tampoco los testimonios de los señores Padilla, Alexandra Polo y Guillermo García Velásquez, éste último quien puntualmente señaló que distinguía al demandante en el año 2003 cuando vino a Bogotá a apoyarlo en labores dadas por la empresa demandada, más aun si se tiene en cuenta que éste declarante recibió órdenes hasta el año 2016 cuando salió de la empresa. Resalta que el testimonio recibido por la Sra. Alexandra Polo fue evasivo, pues antes de responder siempre observaba a sus jefe para dar una respuesta.

2. **SUBORDINACIÓN:** Manifiesta la Sra. Juez que de conformidad con el testimonio de la Sra. Alexandra Polo, que llegó a la empresa en el año 2003, indicó que desconocía la forma de vinculación del demandante, y la Juez da por cierto que el demandante tenía conocimiento de cómo era la contratación del actor, sin embargo, concluye que no se acreditó el elemento de subordinación, resaltando que las órdenes que se daban a través de correos electrónicos no tienen validez, toda vez que a través del correo electrónico no se puede probar que fueron emitidos o enviados precisamente por parte de la empresa, precisando que si quedaron acreditadas las funciones desempeñadas por el actor inicialmente desde el año 1997 a 2001, así como la subordinación a la que estaba sujeto, pues siempre ejerció la misma función, nunca hubo cambio de puesto, ejerció su trabajo con los elementos que le otorgaba la empresa, siempre prestó sus servicios a la empresa demandada.

Con miras a la definición del recurso de apelación, la Corporación solo tendrá en cuenta y se ocupará de los aspectos de la sentencia que para el recurrente mereció reproche, de conformidad con el principio de *consonancia* establecido en el artículo 66A del CPL y de la S.S., y las siguientes

CONSIDERACIONES

DE ORDEN FACTICO Y JURÍDICO:

La controversia del presente proceso se centra en determinar: 1. Si entre el señor Luis Javier Rodríguez Cuartas y la sociedad ROCHEM BIOCARE COLOMBIA SA, existió una única relación laboral con vigencia desde el 10 de marzo de 1997 hasta el 17 de mayo de 2017, o si por el contrario la relación estuvo regida por 2 relaciones laborales. 2. Si en caso afirmativo, proceden las condenas relacionadas en el libelo introductorio.

DE LA EXISTENCIA DE LA RELACIÓN LABORAL:

La Sala acomete el estudio minucioso de la prueba testimonial y documental obrante dentro del plenario a fin de establecer si entre las partes existió una relación laboral en los términos indicados en la demanda y de sus extremos temporales, o si como lo concluyera el juzgador de primer grado, negar las pretensiones introducidas en el libelo introductorio.

De acuerdo a lo anterior, Conforme lo consagra el art. 22 del C.S.T., el contrato de trabajo debe entenderse como *"aquél por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración"*.

Así pues, para que resulten probadas sus pretensiones, es necesario acudir a lo dispuesto en el artículo 23 del C.S.T., que dispone la existencia de tres elementos para la configuración del contrato de trabajo a saber: 1) **la actividad personal del trabajador**, 2) **remuneración** y 3) la **subordinación**, la cual, valga aclarar, se diferencia de los anteriores al ser sólo predicable en la existencia de un contrato de trabajo.

Significa lo anterior que, la existencia del vínculo laboral depende primordialmente de la "situación real" en la que se encuentre la persona que hace las veces de trabajador y no de la "situación formal" o del acto celebrado entre las partes.

De encontrarse acreditados los elementos mencionados, el contrato de trabajo así tenga una denominación formal propia, debe ser tomado como lo que realmente es y no lo que aparenta ser. En apoyo de ello nuestra Constitución Política en el artículo 53 consagra el principio de primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales.

Así las cosas, el artículo 24 del C.S.T. establece la presunción de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo. Dentro de éste orden, si quien presta sus servicios personales y deriva de ello una retribución económica directa alega que el vínculo contractual que sostiene es de estirpe laboral, y no civil o de prestación de servicios, le corresponde como carga probatoria acreditar efectivamente la prestación del servicio y su remuneración, quedando a cargo de quien la niega la carga de acreditar que esa relación no era subordinada o que estando en presencia de elementos denotativos de la misma no se trataba en realidad de aquella subordinación jurídica presente en los contratos de trabajo.

Dentro de éste orden, si quien presta sus servicios personales y deriva de ello una retribución económica directa alega que el vínculo contractual que sostiene es de estirpe laboral, y no civil o de prestación de servicios, le corresponde como carga probatoria acreditar efectivamente la prestación del servicio y su remuneración, quedando a cargo de quien la niega la carga de acreditar que esa relación no era subordinada o que estando en presencia de elementos denotativos de la misma no se trataba en realidad de aquella subordinación jurídica presente en los contratos de trabajo.

Así entonces, la carga probatoria respecto de la subordinación jurídica no es imputable al trabajador por el hecho de que alegue la existencia de un contrato de trabajo, pues la exigencia probatoria respecto de él, como viene dicho, es la demostración de la prestación personal del servicio y su retribución.

Cumpliendo el trabajador con esa carga probatoria se activa a su favor la presunción de que esa relación estaba regida por un contrato de trabajo, la cual por ser una presunción legal es susceptible de ser desestimada mediante la demostración del hecho contrario.

Descendiendo al *sublite*, encontramos que el demandante alega que prestó sus servicios para la demandada en una única relación laboral desde el 10 de marzo de 1997 al 15 de mayo de 2017.

El demandado por su parte, niega la existencia de la relación laboral en los términos planteados en la demanda, indicando que la relación laboral se pactó con BIOINGENIERIA & CIA LTDA, el cual finalizó por la misma carta de renuncia presentada por el actor.

Ahora bien, como sustento de su pretensión, el demandante allegó al plenario las siguientes pruebas: contrato de trabajo a término indefinido suscrito entre el demandante y la sociedad BIOINGENIERIA & CIA LTDA el 10 de marzo de 1997, otro sí expedido el 1° de marzo de 2001 mediante el cual se produce una sustitución patronal, quedando la demandada ROCHEM BIOCARE COLOMBIA SA como nuevo patrono del actor, quedando para todos los efectos la fecha de ingreso el 10 de marzo de 1997 (fl. 35), carta de renuncia presentada por el demandante a la sociedad demandada el 1° de mayo de 2001 (fl. 36), certificado de existencia y representación de la empresa ROCHEM BIOCARE COLOMBIA SA, detalle de pagos al proveedor RODAREZ EU, a folios 14 a 28 sendos correos electrónicos, carta dirigida por ROCHEM BIOCARE COLOMBIA SA a la Dra. María Cristina Peñuela – Depto. De mercadeo y comercialización confirmando la participación del demandante en el congreso internacional de mantenimiento (fl. 29 y 30), certificación expedida por ROCHEM BIOCARE COLOMBIA SA el 15 de septiembre de 2005, mediante el cual da cuenta que el Sr. Luis Javier Rodríguez Cuartas funge como representante legal de la sociedad RODAREZ EU y es contratista de dicha empresa desde hace más de 3 años (fl. 33 y 34), cuenta de cobro presentada por RODAREZ EU a la sociedad demandada por concepto de anticipo al contrato de suministro de servicios suscrito el 8 de junio de 2001, suscrito por el demandante en calidad de representante legal de dicha sociedad (fl. 37), carta de terminación de contrato sin justa causa presentada por la Sra. Sandra Milena Avellaneda Peña – Jefe de Gestión Humana de la sociedad demandada al actor – representante legal de la sociedad RODAREZ EU (fl. 38), certificación expedida por el Departamento de Gestión Humana de ROCHEM BIOCARE COLOMBIA SAS indicando que el Sr. Rodríguez Cuartas trabajó en dicha compañía desde el 2° de marzo de 2007 al 15 de mayo de 2017, mediante un contrato a término indefinido (fl. 39), carta de autorización a ROCHEM BIOCARE COLOMBIA SAS para descontar automáticamente de liquidación definitiva de salarios, prestaciones sociales, vacaciones e indemnización, las cuotas del mes de mayo/2017 por concepto de libranzas de los créditos que posee el demandante con el Banco de Bogotá por valor de \$18.950.359 y con Compensar por \$13.931.464 (fl. 40), carta de la demandada respondiéndole al actor petición, indicándole que no se hallaron en sus archivos copias de las planillas de pago al Sistema Integral de Seguridad Social de los periodos solicitados, tan solo se adjunta el del mes de marzo de 2007 (fls. 44 a 47), liquidación definitiva con fecha del 16 de mayo de 2017 (fl. 52).

Por su parte, la demandada aportó desprendibles de nómina (fls. 108 a 337), solicitud de autorización para pago de cesantías expedido por BIOINGENIERIA LTDA de fecha 10 de mayo de 2000 (fl. 341).

Por otro lado, absolvió interrogatorio de parte el Sr. Santiago Padilla Bernal **Representante legal de la demandada** quien indicó que distingue al demandante por ser empleado de la demandada desde el 2007 a 2017, porque en ese momento tenía un contrato de trabajo con la demandada, que se le cancelaba quincenalmente, que las funciones desempeñadas por el actor era coordinador de servicios técnico, esto es, organizaba las labores de los empleados. Que el actor recibía órdenes del 2007 al 2017 porque tenía un contrato de trabajo que debía cumplir, pero con anterioridad no se le imponían órdenes.

Igualmente, el Sr. **LUÍS JAVIER RODRÍGUEZ CUARTAS**, absolvió interrogatorio de parte indicando que laboró inicialmente para BIOINGENIERÍA & CIA LTDA desde el 10 de marzo de 1977 al 1 de mayo de 2001, fecha en la cual presentó renuncia, la cual fue inducida por la compañía, debido a un cambio de administración, y el Sr. Luis Guillermo Velásquez lo obligó a que creara una empresa unipersonal para que siguiera desarrollando sus actividades a través de esa empresa creada. Que al momento de liquidar el contrato el 1 de mayo de 2001, le descontaron el 50% del valor, diciéndole que debía agradecer que la Compañía le había dado trabajo, son dejar constancia de lo mismo. Que en la carta de renuncia no se indicó nada acerca de cómo lo estaban obligando a renunciar, pues no se debía dejar evidencia de eso, según como se lo dijo el Sr. Pedraza. Que con posterioridad, el Sr. Juan de la Rosa Linares le propuso nuevamente vincularlo nuevamente mediante contrato de trabajo a término indefinido con ROCHEM BIOCARE COLOMBIA SAS desde el 2 de marzo de 2007 al 15 de mayo de 2017, con un salario integral. Que en vigencia del segundo contrato la compañía demandada cumplió con los pagos y liquidación de prestaciones sociales, incluyendo la indemnización por despido sin justa causa. Que le exigieron crear una empresa unipersonal, mal llamada de papel, para continuar ejerciendo las funciones que venía desempeñando, pero la demandada lo hizo ver como una relación comercial entre ROCHEM BIOCARE COLOMBIA SA y RODAREZ EU, representada por el demandante, para seguir desempeñando las labores que tenía a su cargo con anterioridad.

Así mismo, se recibió el testimonio de los señores **LUÍS GUILLERMO GARCÍA VELÁSQUEZ, JUAN ELIAS DE LA ROSA y MARÍA ALEXANDRA POLO LLERENA**, quienes coincidieron en indicar ser empleados de la demandada, que inicialmente trabajaron para BIOINGENIERIA & CIA LTDA y con ocasión a una sustitución pensional, quedó como empleador la demandada, ROCHEM BIOCARE COLOMBIA SA, que no tienen conocimiento del contrato que suscribieron, pero lo vio trabajar en la empresa, y era al demandante a quien se le pedía los repuestos. Que en una ocasión en el año 2003, el demandante estaba fungiendo como coordinador y casi de gerente de servicio. Que desconocen los motivos por los cuales se dio por terminado la relación laboral con el demandante. Que no tienen conocimiento que el demandante hubiera creado una sociedad unipersonal. Que en el caso del Sr. Juan Elías de la Rosa Encinares indicó que el demandante tuvo 3 diferentes contratos con la sociedad demandada, inicialmente un contrato de trabajo desde el 10 de marzo de 1997 al 1 de mayo de 2001, posteriormente suscribió un contrato de prestación de servicios desde mayo de 2001 al 1 de marzo de 2007, y finalmente un nuevo contrato de trabajo a término indefinido desde el 2 de marzo de 2007 al 15 de mayo de 2017. Que del año 2001 al 2007 se veía de vez en cuando al demandante en las oficinas de la compañía, que las actividades que debía hacer las hacía por sí solo, que no tiene conocimiento si le deban órdenes al actor, que del año 2001 al 2007 las funciones se coordinaba con la Sra. Alex. Finalmente, la Sra. María Alexandra Polo indicó específicamente que conoció al demandante porque trabajaban de la mano aproximadamente entre el 2003 y 2016, fecha en que la declarante salió de la empresa demandada, y entre los dos tenían la coordinación de servicio técnico, entre los 2 atendían los clientes de la empresa y sus necesidades, que al estar vinculado el demandante a partir del 2 de marzo de 2007 directamente mediante contrato de trabajo, la deponente María Alexandra Polo le impartía órdenes directas al actor, incluso debía pedirle permiso para ausentarse del lugar del trabajo, con posterioridad a marzo de 2007, sin embargo durante el

periodo 2001 a 2007, mientras ejecuto el contrato de prestación de servicios, el demandante era autónomo en el ejercicio de las actividades que debía desarrollar, pues entre otras cosas, no debía pedir permiso para ausentarse de su puesto de trabajo. Que el demandante tenía un computador y herramientas de trabajo para cumplir sus funciones.

Analizado lo expuesto, y conforme el material probatorio obrante dentro del plenario, ha de precisar en primer lugar que no es motivo de discusión que las partes suscribieron un primer contrato de trabajo a término indefinido desde el 10 de marzo de 1997 al 1 de mayo de 2001 y posteriormente, desde el 2 de marzo de 2007 al 15 de mayo de 2017, estando en discusión el periodo del 2 de mayo de 2001 al 1 de marzo de 2007, fecha para la cual el demandante suscribió un contrato de prestación de servicio, en calidad de representante legal de la compañía RODAREZ EU, la cual le prestaba servicios a la empresa demandada.

Aclarado lo anterior, para el periodo comprendido entre el 2 de mayo de 2001 al 1 de marzo de 2007, se acredita la prestación personal del servicio por parte del demandante a favor de la demandada, como coordinador de servicio técnico demandada, pues tal hecho fue aceptado en el interrogatorio de parte rendido por la demandada, así como los testigos que declararon en el presente asunto.

Ahora bien, frente a la existencia o no del elemento de subordinación propio de las relaciones laborales, se tiene de conformidad con las pruebas recaudadas dentro del plenario, no se acredita que las funciones de suministro de servicios se hiciera en forma subordinada u obedeciera a las mismas desempeñadas en el último cargo del demandante, toda vez que los testimonios de los señores JUAN ELIAS DE LA ROSA y MARIA ALEXANDRA POLO, ésta última en calidad de compañera y posterior jefe directa del actor, indicaron que el tiempo que duró el contrato de prestación de servicios, el actor era autónomo en el desarrollo de sus actividades, incluso no debía pedir permiso para ausentarse de la oficina, como si debía hacerlo al momento de estar bajo un contrato de trabajo, evidenciándose además que al cambiar de tipo de contrato existían diferencias, tanto en sus funciones como en la autonomía, pues ha de precisar que si bien el Sr. Luis Guillermo indicó que el actor ejercía como coordinador y gerente en el año 2003, lo cierto es que solo tuvo contacto directo con éste en una sola ocasión, fecha en la cual prestaba sus servicios a través de un contrato de prestación de servicios, sin que por tanto los correos electrónicos con los cuales pretende demostrar las órdenes impartidas pueden tenerse como elemento subordinante, pues en primer lugar no se puede identificar el indicador del mensaje de datos para indicar que el contenido cuenta la aprobación del remitente y en segundo lugar, al leer alguno de esos correos electrónicos, lo que allí se indica, es que están en armonía y concordancia con las actividades establecidas en el contrato de prestación de servicio, el cual es reconocido por el mismo demandante en su interrogatorio de parte, pero que manifiesta desconocer su contenido exacto.

Ahora bien, en relación con el argumento expuesto por el demandante tendiente a demostrar que lo indujeron a renunciar el de mayo de 2001, por parte de un señor que se desconoce quien fue, debe indicarse que de conformidad con lo previsto en artículo 66 del CST, *«la parte que termina unilateralmente el contrato de trabajo debe manifestar a la otra, en el momento de la extinción, la causal o motivo de esa*

determinación. Posteriormente no pueden alegarse válidamente causales o motivos distintos.», precisando que a folio 36 del plenario obra renuncia presentada por el demandante indicando de manera voluntaria que renuncia al cargo que venía desempeñando.

Partiendo de lo anterior, es claro que el demandante al suscribir la documental traída a colación, tenía conocimiento del contenido consignado y de sus consecuencias, reiterándose así, que no quedo demostrado dentro del plenario que dicha documental fuera elaborada por la empresa convocada a juicio, o que haya mediado un vicio del consentimiento al momento de suscribirlo y presentarlo.

Frente a lo anterior, de conformidad con el art. 1502 del Código Civil *"para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad"* es necesario, entre otras cosas *"que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio"*. Determina así mismo el art. 1508 que los vicios de que puede adolecer el consentimiento son el error, la fuerza y el dolo; o sea que a la luz de dicha normatividad, el consentimiento es uno de los elementos esenciales para la existencia y validez del acto jurídico y de ello depende que la manifestación de voluntad de cada uno de los agentes no se produzca bajo el imperio de coacción física o moral, ni a causa de un error fortuito o provocado por el dolo de otro de los agentes.

Ahora bien, es preciso referir que los vicios del consentimiento, error, fuerza y dolo, no surgen en abstracto sino que deben provenir de hechos que de manera clara afecten el consentimiento de modo que, de no existir ellos, la declaración de voluntad no se habría emitido; siendo imperioso para el trabajador acreditar su causación y efectos. De otra parte, tampoco es posible afirmar que el actor fuera obligado o inducido a suscribir el respectivo documento, pues, el error, la fuerza y el dolo, como vicios de los actos y declaraciones de voluntad, no se presumen, sino que deben demostrarse plenamente, destacándose por demás que no obra prueba que soportara ello, fuera a la declaración realizada por el demandante en el interrogatorio de parte, carga probatoria que en todo caso corría a cargo de ésta última, conforme lo mandado por el art. 167 del CGP.

Aunado a lo anterior, se tiene que el actor no manifestó en su carta de renuncia una causal o motivo en específico por la cual tomó la decisión de renunciar, por el contrario, se limitó a indicar que de manera voluntaria renunciaba a su cargo y que estaba en disposición de efectuar la inducción a la nueva persona que asumiera su cargo, por tanto no puede alegarse válidamente causales o motivos distintos a los allí indicados, conforme lo establece el Art. 66 del CST, resaltando por otro lado que la constitución de la empresa RODAREZ EU se llevó a cabo el 23 de mayo de 2001, esto es, con anterioridad a la terminación de la relación indicada y por el contrario se acredita tal contrato fue debidamente terminado y se cancelaron todos los emolumentos en su oportunidad, tal y como se verifica con la documental vista a folio 93 a 95, quedándose en una afirmación sin respaldo probatorio lo dicho por el actor en su interrogatorio de parte.

Teniendo en cuenta lo expuesto, en los términos planteados de la demanda, la prueba recaudada no permite determinar la existencia de una relación laboral entre las partes dentro del periodo comprendido entre el 2 de mayo de 2001 al 1 de marzo de 2007, por el contrario, la prueba testimonial y documental que obra dentro del plenario da cuenta que el vínculo por éste periodo, era autónomo e independiente,

que no se recibían órdenes o instrucciones, ni se cumplía un horario, y que en el eventual caso en que no pudiera el demandante asistir a la empresa, fácilmente lo podía comunicar a su compañera, que fue posteriormente su jefe inmediata, sin que estuviera inmerso en alguna sanción, razón por la cual, al no reunirse los elementos establecidos en el artículo 23 del CST para determinar la existencia de una relación laboral, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P y en concordancia con los principios que informan la carga de la prueba, la parte demandante debe soportar la imposición de una decisión absolutoria, pues no se allanó a la obligación de probar sus afirmaciones.

En consecuencia, habrá de **CONFIRMARSE** la sentencia apelada.

COSTAS: Sin costas en esta instancia.

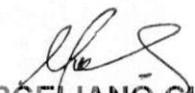
En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISION LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

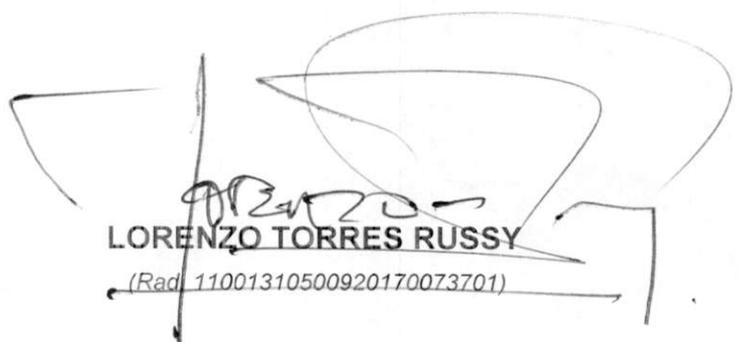
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por Juzgado 9° Laboral del Circuito de Bogotá el día 12 de junio de 2019.

SEGUNDO: Sin **COSTAS** en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.


MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Ponente
(Rad. 11001310500920170073701)


LORENZO TORRES RUSSY
(Rad. 11001310500920170073701)


RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA
(Rad. 11001310500920170073701)



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 03-2017-00198-01

Bogotá D.C., veintiuno (21) de agosto de dos mil veinte (2020)

DEMANDANTE: ELVIRA IRENE GOMEZ RIVEROS
DEMANDADOS: ASESORIAS Y SERVICIOS EN SALUD ASALUD LTDA
COLPENSIONES
SEGUREXPO DE COLOMBIA SA (Llamado en garantía)
ASUNTO : APELACION (Demandante)

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 3° Laboral del Circuito de Bogotá el día 29 de noviembre de 2019, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

Las partes guardaron silencio de presentar alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 7 de julio de 2020, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

La señora **ELVIRA IRENE GOMEZ RIVEROS** instauró demanda ordinaria laboral contra de la **ASESORIAS Y SERVICIOS EN SALUD ASALUD LTDA** y **COLPENSIONES** con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos (fl. 8 a 11).

- 1) Desvirtuar la presunta relación contractual por prestación de servicios que según la demandad **ASALUD LTDA**, constituyó con la demandante desde el 3 de diciembre de 2012 y hasta el 8 de abril de 2014, con fundamento del debate procesal que se dará dentro del presente asunto.
- 2) Declarar que entre la demandante y la sociedad **ASESORIAS Y SERVICIOS EN SALUD ASALUD LTDA** existió una relación laboral a término indefinido que perduró desde el 3 de diciembre de 2012 y hasta el 8 de abril de 2014, en forma ininterrumpida.